

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

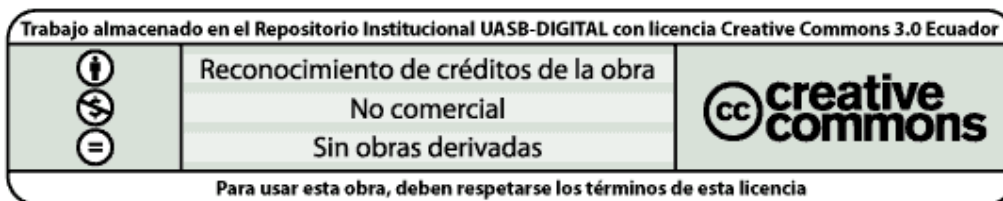
Programa de Maestría en Derecho Administrativo

**La determinación de las responsabilidades administrativas
como consecuencia del control gubernamental**

Autor: Guido Escobar Pérez

Tutor: Marco Morales Tobar

Quito, 2016



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Guido Fernando Escobar Pérez, autor de la tesis intitulada “La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría general, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: ...de de 2016

Firma:

Resumen

El presente trabajo investigativo se centra en estudiar y evidenciar cuales son los efectos y consecuencias jurídicos ocasionados por la conducta omisiva de la Contraloría General del Estado en la determinación de responsabilidades.

Los objetivos de la presente investigación son: Establecer que el control debe ser tan fuerte como el poder para encontrar el equilibrio social, señalar los procesos evolutivos del control gubernamental en el Ecuador, analizar la teoría de la responsabilidad y su tipología y demostrar que en el proceso de determinación de la responsabilidad administrativa no opera la denegación tácita, luego de estudiar las figuras jurídicas de la caducidad, la competencia y el silencio administrativo. La gran limitación de la presente investigación es la imposibilidad de obtener información en la Contraloría y Auditorías Internas, con el argumento de reserva de la información.

Este trabajo encuentra plena justificación porque hace evidente que el ejercicio del control también es controlable, a partir del control jurisdiccional, que busca evitar abusos y proteger los derechos de los administrados. La investigación se desarrolló sobre la base de la teoría del poder y del control administrativo del Estado, así como desde la teoría del acto administrativo y de las responsabilidades.

Los métodos utilizados fueron el dogmático, hermenéutico y analítico, y las técnicas la documental y entrevistas, así como la nueva teoría de la caducidad sobre el derecho y garantía a la igualdad que se resume a que la misma tiene su origen tanto en la falta de acción de la administración como del administrado.

Al final se tiene como resultado un aporte para la Sociedad ecuatoriana en torno al fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo en la determinación de responsabilidades administrativas, concluyendo que la falta de acción de la Contraloría provoca la caducidad y la pérdida de su competencia para pronunciarse, produciéndose el silencio administrativo positivo. Si se pronuncia fuera del término de ley, se provoca la nulidad de pleno derecho. En consecuencia, es recomendable, que la Contraloría se pronuncie dentro del tiempo establecido en la ley, pues no es posible que someta a los auditados a procesos administrativos interminables cargados de incertidumbre y sufrimiento; y, que los auditados exijan ante las Autoridades Administrativas y Judiciales la vigencia de sus derechos subjetivos.

Palabras claves: Poder; control; responsabilidades; acto administrativo; competencia; caducidad; silencio administrativo.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a Dios, por la fortaleza que encuentro en su presencia, porque a él le debo mi vida, en mi fe descanso y aliento cada día mi esperanza.

A la memoria de mis padres: Luis Antonio y María Cleofe, ejemplo de dedicación, esfuerzo y amor, estoy seguro que juntos desde el cielo guiarán mis pasos y los de mis amados hermanos.

A mis hijos: Gabriela Fernanda, Jairo Alexey, Guido Fernando y Luis Fernando; y a mi nieto Martín, por su luz y alegría, por ser mi fuente inagotable de inspiración.

A mi compañera Susan, por su magia de amor, dedicación y lealtad.

Agradecimiento

Preciso agradecer a todo el personal docente y administrativo de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, con Sede en el Ecuador, por su apoyo permanente y desinteresado y fundamentalmente por el respeto con el que fui tratado en sus instalaciones y fuera de ellas.

A todos y cada uno de mis maestros quiero expresarles mi agradecimiento, por sus valiosos conocimientos, los que sin lugar a dudas han contribuido decididamente en mi crecimiento personal y profesional.

Dejo constancia de mi agradecimiento muy especial a los doctores Marco Morales Tobar y Patricio Secaira Durango, por su inteligente y generosa forma de apreciar mi amistad y de colaborar con sus invalorable conocimientos para construir el presente trabajo de investigación, que sin duda, por su gran carga de controversia con los poderes facticos, va a despertar el interés de todos los actores del sistema del control gubernamental.

Un especial agradecimiento a mi compañero y maestro de vida doctor Oscar Castillo Pérez, bendecido por su calidad humana; y, a mi colaboradora Fanny, por sus desvelos y cargas compartidas.

Tabla de contenido

Capítulo primero El control gubernamental	10
1. El control y el poder su ubicación en el Estado	10
2. Concepto de control gubernamental	14
3. Objetivos del control gubernamental	16
Capítulo segundo El control gubernamental en el Ecuador.....	19
1. Antecedentes históricos del control gubernamental en la Región	19
2. El control gubernamental en el Ecuador.....	23
3. Concepto de responsabilidad	32
4. Las responsabilidades civiles.....	38
4.1. Las órdenes de reintegro	42
5. Las responsabilidades administrativas.....	44
6. Los indicios de responsabilidad penal	47
7. Los derechos constitucionales en los procesos de predeterminación de determinación de responsabilidades.....	51
8. Derecho comparado.	52
8.1. El control gubernamental en Colombia	53
8.2. El Control Gubernamental en Los Estados Unidos de México:	55
Capítulo tres Los efectos jurídicos del silencio administrativo en la determinación de responsabilidades administrativas.....	62
1. Procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas..	62
2. La competencia administrativa:	66
2.1. En razón del grado	69
2.2. En razón del territorio	69
2.3. En razón de la materia.....	70
2.4. En razón del tiempo	70
2.5. En razón del monto	70
3. La Caducidad.	71
4. El silencio administrativo	83
5. Derecho comparado La determinación de la responsabilidad administrativa hacendaria en México	96

Conclusiones.....	101
Bibliografía	104
Fuente de consulta normativa	109

Introducción

La actividad de control dentro de la gestión administrativa de un Estado tiene que ver con la salud financiera del mismo y por tanto con el nivel de satisfacción de la población expresada en la calidad y cantidad de los servicios públicos.

El control revisa las actuaciones del poder del que nacen las potestades públicas y para que sea eficaz debe desarrollarse con total independencia. Por tanto, su rol dentro de un Estado tiene que ver con el cumplimiento de sus metas y objetivos por lo que su ejercicio demanda igual firmeza que el propio poder, ni más ni menos, porque el poder del Estado se impone frente a un control débil, lo hace sumiso y servil. Asimismo, un control excesivo entorpece la gestión del Estado, lo hace lento y obeso.

Pero como la actividad contralora nace del propio poder del Estado, también está expuesta a cometer abusos de poder, por lo que, es más común de lo que parece, que los funcionarios de la Contraloría General del Estado, en los procesos de predeterminación y determinación de responsabilidades vulneren derechos subjetivos de los administrados en las diferentes formas o tipos de responsabilidades: civil, administrativa e indicios penales.

En este orden de ideas nos planteamos como hipótesis si en el ordenamiento jurídico que gobierna el sistema del control gubernamental ecuatoriano, caducan las acciones de control, existe la pérdida de competencia de la Autoridad en razón del tiempo, se impone de manera general el silencio administrativo negativo.

La pregunta central es qué pasa si la Autoridad de Control no se pronuncia dentro de los términos y plazos establecidos en la ley para la determinación de responsabilidades administrativas. La consecuencia de esta omisión es la caducidad administrativa y por tanto la pérdida de competencia de la Autoridad para pronunciarse y el efecto positivo del silencio administrativo, pues la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no involucra a este tipo de responsabilidad en la denegación tácita.

El sistema jurídico como parte del debido proceso y la seguridad jurídica establece un régimen de términos y plazos, dentro de los cuales las Autoridades deben pronunciarse o ejercer su derecho de acción, pues no es posible jurídicamente,

salvo en los casos de imprescriptibilidad, que los administrados se mantengan en la incertidumbre y sufrimiento en forma indefinida con procesos interminables. Esto no solo que vulnera derechos como el debido proceso y la seguridad jurídica sino también principios propios de la gestión pública como la eficiencia, eficacia y debida diligencia del funcionario público, así como una de las figuras jurídicas más importantes del derecho procesal como es la preclusión.

La perspectiva teórica metodológica que guía el presente trabajo de investigación, se basó fundamentalmente en el análisis dogmático de las instituciones jurídicas en torno al acto administrativo, la caducidad, la competencia, el silencio administrativo positivo y negativo, utilizando como técnica la revisión documental y la entrevista.

El capítulo primero, aborda el estudio de los elementos teóricos del control y el poder, conceptos y definiciones, así como el rol que desempeñan en las relaciones con el Estado, sus objetivos en sus relaciones con la Sociedad.

El segundo capítulo, trata sobre la evolución histórica del control gubernamental en el Ecuador e incorpora un análisis cuidadoso de la teoría de las responsabilidades consustanciales al servicio público para luego incursionar en el estudio de la determinación de cada una de las responsabilidades como consecuencia del ejercicio del control gubernamental: civil, administrativa e indicios penales, de cara a los derechos y garantías constitucionales.

El tercer capítulo, resulta ser la idea central del presente estudio porque enfoca a través de un estudio pormenorizado y analítico de las instituciones jurídicas de la caducidad, competencia y silencio administrativo, los frecuentes abusos de poder de los funcionarios públicos en la predeterminación y determinación de responsabilidades; y, el efecto positivo del silencio administrativo en la determinación de las responsabilidades administrativas.

Capítulo primero

El control gubernamental

El presente capítulo desarrolla el estudio del control y del poder, su ubicación y roles en el Estado, sus conceptos y definiciones, su análisis desde el punto de vista filosófico, técnico, jurídico y político.

Asimismo, desde la Teoría de Estado se establece la importancia del ejercicio del control libre de toda influencia e independiente de las demás funciones del Estado como elemento de desarrollo integral de la sociedad. De otra parte, la necesaria tutela del control en todas sus formas para evitar que sea sometido y subordinado por el poder, como garantía del equilibrio social.

Este capítulo también aborda el estudio de los elementos históricos y los objetivos tanto del poder como del control en la sociedad.

1. El control y el poder su ubicación en el Estado

Para José Luis Vásquez Alfaro la palabra control procede del francés controle que significa inspección, vigilancia, fiscalización, dominio, mando, preponderancia es “un registro que se lleva por duplicado. En realidad, la idea de control es la confrontación y búsqueda de conformidad entre dos elementos”¹

Para Daniel Márquez, etimológicamente la palabra control:

[...] se identifica con las voces latinas inspectio, inquisitio, onis y iudicium. Con ellas se alude a diversas cuestiones que se identifican con examen, limitación, regulación, verificación, tutela, dominio y supremacía. Esta palabra tiene sus raíces en el término latino fiscal medieval contra rotulum; de ahí paso al francés contre-rolle (control), que quiere decir contra libro, esto es” libro-registro”, cuya utilidad consiste en constatar la veracidad de los asientos realizados en otros libros. El término se popularizó hasta adquirir las connotaciones actuales de fiscalizar, inspeccionar, verificar someter, dominar, etc. En el idioma inglés control se refiere a dominio, en cambio en el francés se refiere a comprobación, por tanto, la pluralidad de significados de la palabra control es propia no sólo del español, sino que aparece también en otras lenguas. La confusión léxica se encuentra incluso en especialistas. Así, en contabilidad, se entiende por fiscalización la acción por medio de la cual se avalúan y revisan las acciones de gobierno considerando su veracidad, razonabilidad y apego a la ley [...]”²

¹ José Luis Vásquez Alfaro *El control de la administración pública* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007), 9.

² Daniel Márquez *Función Jurídica de Control de la administración pública* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005), 11-13.

El tratadista Rafael Ballén señala que la palabra control significa inspección, observación, vigilancia, comprobación, mantenerse constantemente enterado de ciertos actos, hechos o cosas cuyo conocimiento interesa para una finalidad. Hemos aceptado que todo tipo de control tiene como propósito vigilar, observar y comprobar que los distintos organismos del Estado descritos en la Constitución y de acuerdo con esta son múltiples los fines, que constituyen todo un concierto de propósitos capaces de hacer de nuestra sociedad un paraíso o por lo menos, un país donde se satisfacen las necesidades básicas; y para observar y vigilar si se cumplen esos propósitos es necesario el control. Sin embargo, la verdadera razón del reforzamiento explícito de los sistemas de control, es la *mutua desconfianza* de todos los miembros de la sociedad.³

La función administrativa de control es la medición y corrección del desempeño a fin de garantizar que se cumplan los objetivos del Estado y los planes ideados para alcanzarlos. Planeación y control están estrechamente relacionados, pueden concebirse como un par de hojas de la misma tijera; la tijera no funcionaría sin las dos hojas. Sin planes y objetivos, el control es imposible.⁴

Según el profesor Cipriano Gómez Lara: Los conceptos de función y poder son correlativos, porque la función es la actividad soberana del Estado en el desarrollo de los fines propios del mismo; y el poder, es el órgano o conjunto de órganos que desempeñan, o desenvuelven dichas funciones⁵

El maestro José Lanz Cárdenas señala que en la función pública debe entenderse por control el acto contable o técnico que realiza un poder, un órgano a un funcionario que tiene atribuida por la ley la función de examinar la adecuación a la legalidad de un acto o una serie de actos y la obligación de pronunciarse sobre ellos.⁶

El estudioso Daniel Márquez agrupa los conceptos expuestos completando su dimensión práctica en los siguientes términos: Los conceptos de función y poder son correlativos. Paralelamente, existen funciones accesorias como son las de control y evaluación de la actividad administrativa. Dado que la tentación del manejo indebido

³ Rafael Ballén, *Derecho Administrativo Disciplinario* (Bogotá: Temis S.A., 1998), 14-15.

⁴ Harold Koontz y Heinz Weihrich, *Administración una perspectiva global*, (México: Mc Graw Hill Interamericana, 2007), 640.

⁵ Cipriano Gómez Lara, *Teoría General del Proceso*, (México: Harla, 1991), 160.

⁶ José Trinidad Lanz Cárdenas *La Contraloría y el Control Interno Universidad Autónoma de México* (México: Fondo de Cultura Económica, 1993), 467-468.

de los recursos públicos puede presentarse en la fase operativa de la administración, se han buscado herramientas para controlar la corrupción, algunas de ellas son: el derecho, la contabilidad, la auditoría y las técnicas y procedimientos administrativos.⁷

Desde el punto de vista jurídico es una herramienta de carácter normativo que permite sujetar todo el aparato de la administración al principio de legalidad.

Desde el punto de vista político, el control básicamente permite sujetar a la administración pública al contorno de los controles democráticos de rendición de cuentas y transparencia, derecho que nace desde la declaración de los derechos del hombre- 1789- (Art. 15) como herramientas básicas que no solo cumplen con una función jurídica, sino que también entran al contexto del gobierno de lo visible, por un lado, y por el otro lado, al ejercicio efectivo del derecho de participación.⁸

En el ámbito político Max Weber estima que es la probabilidad de imponer la voluntad propia dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento. Para que el poder del Estado se institucionalice se requiere que se desprenda de toda connotación subjetiva y se le encomiende a una organización-Estado. Esto es, que al poder se le limite a través de normas jurídicas que impidan que se desborde y prevengan en contra de la arbitrariedad. Uno de los problemas más ingentes en materia de poder es el de su control, tal es así que a lo largo de la historia se han inventado instituciones para sujetar al poder a determinados cauces, evitando su desenfreno.⁹

El profesor Diego Valadés estima que controlar el poder es un acto de poder, porque el control del poder tiene un doble objeto: la defensa de las libertades y la preservación de la legitimidad. El control no se ejerce para destruir ni sustituir al poder, se ejerce por el propio poder para su mantenimiento.¹⁰

Históricamente el control se ha convertido en una gran herramienta de defensa de la sociedad para generar lazos de conciliación en la contradicción entre los diferentes grupos sociales, entre gobernantes y gobernados, en razón de que, en la

⁷ Daniel Márquez, *Función Jurídica de Control de la administración pública* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005), XVII.

⁸ Oswaldo Roca, "Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano – 1789", *Monografias.com*, mayo de 2017, <<http://www.monografias.com/trabajos46/declaracion-derechos-hombre/declaracion-derechos-hombre2.shtml>>

⁹ Daniel Márquez, *Función Jurídica de Control de la administración pública*, 47.

¹⁰ Diego Valdés, *El Control del Poder* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998), 17.

dinámica dialéctica social y política de inclusión y exclusión por el poder, el ejercicio del control juega un papel preponderante. Tan intensa como la lucha por el poder ha sido la lucha contra el poder¹¹, se trata de una singular paradoja que impulsa a los individuos y a los grupos a contener en un doble sentido, que recorre direcciones opuestas. Lo que en el fondo se agita es la preocupación secular por evitar los excesos de poder, independientemente de las contradicciones semánticas que suponga, separar los poderes o controlar el poder es una necesidad social para la subsistencia de la libertad. *Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa.*¹²

El poder se manifiesta a través de dos funciones esenciales: Gobierno y control. La función de control es coexistencial al Estado. Controlar no es reducir los derechos, si no compatibilizarlos y armonizarlos para la convivencia social. El Estado tiene el poder de control al requerirle la sociedad mecanismos de fiscalización, como modo de protección de los derechos. No existe Estado democrático de derecho sin control. El Estado fiscalizador tiene el deber indelegable de garantizar el ejercicio de los derechos a unos y a otros. Pero el Estado debe controlar sin cuartar, desnaturalizar, alterar o extinguir los derechos. El Poder del Estado delimitar a la libertad tiene también sus limitaciones, dadas por la legalidad, por la que el Estado se ajusta a lo que le impone el orden jurídico y a la razonabilidad, conveniencia y oportunidad. Por ello, el límite de las limitaciones garantiza al ciudadano, que el obrar de la Administración sea legítimo, equitativo y justo.¹³

Antes, durante y después del acto de poder, corresponde su control. La verificación de la legitimidad formal (procesal) y sustancial (final) se impone como necesaria para constatar la correspondencia entre actuación política subjetiva y finalidad política objetiva. El control tiene por misión controlar el ajuste que debe operarse entre los fines señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador. La actuación del poder para fiscalizar, o gestión de control, comprende los mismos elementos que la actuación del poder para mandar, o gestión de gobierno, sólo que la gestión de control tiene una característica específica y única, que es la de verificar los medios (el cómo) y los fines (el para qué). Es una tarea de confrontación de la legitimidad de los medios con los fines alcanzados; no innova, no crea, no engendra gobierno, sino que controla al propio gobierno.¹⁴

El control público está enraizado como principio natural en la estructura misma del poder estatal, pues no debe haber poder sin control, y es un predicado republicano su instauración y regulación. El control se impone para asegurar la sujeción del obrar público al marco jurídico y a la buena administración, ya que en él debe imperar inexcusablemente la perspectiva finalista del bien común (causa-fin), a la que debe ajustarse el poder (causa-medio). El control es el instrumento impuesto para verificar esa correspondencia entre medios y fines y un deficiente procedimiento de fiscalización o estructura de contralor, además del riesgo político por las

¹¹ Diego Valadés *El control del poder* (México: Editorial Porrúa, 2006), 3.

¹² *Ibíd.*

¹³ Roberto Dromi, *Derecho administrativo, tomo 1* (Buenos Aires: Hispania libros, 2015), 222.

¹⁴ *Ibíd.*, 225-226

tentaciones que el ejercicio del poder ofrece, coadyuva a que se enseñoree la arbitrariedad y se falseen los valores en desmedro del fin del Estado.¹⁵

En lo personal considero que la clave está en construir un modelo de control que nos permita medir el grado de satisfacción de la Sociedad en base a la calidad y cantidad de servicios públicos entregados, es decir el control no debe ser únicamente a las cuentas de ingresos y gastos si no a la calidad del gasto a partir de una adecuada planificación del mismo, donde intervengan el Estado a través del funcionario público y la Sociedad como beneficiarios directos. Para evaluar todos los elementos del proceso administrativo es necesario utilizar la auditoría de gestión, estableciendo los indicadores de evaluación y desempeño de la administración, así como los indicadores de satisfacción de la Sociedad, Estos indicadores nos permiten medir la gestión, y saber hacia dónde caminar y establecer las directrices de un funcionamiento adecuado del Estado.

2. Concepto de control gubernamental

El control administrativo del Estado constituye un sistema de control, fiscalización y auditoría para regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización efectiva, eficiente y económica de los recursos públicos.¹⁶ En los términos previstos en nuestra constitución es la función de la administración pública encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado.¹⁷

Desde el punto de vista del ejercicio de las funciones públicas, el término control gubernamental se enfoca en las medidas de revisión, prevención, corrección, etc. que el Estado ha dispuesto a través del ordenamiento jurídico. Todo ello a fin de evitar abusos y controlar la actividad de los gobernantes. Su objetivo es alcanzar un funcionamiento regular y equilibrado del aparato administrativo, busca garantizar la utilización correcta de los recursos humanos, materiales y técnicos, racionalizándolos

¹⁵ *Ibíd.*, 226

¹⁶ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 1, Objeto y ámbito, (Quito: 12 de junio de 2002), 1.

¹⁷ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] “Participación y organización del poder”, cap. noveno, “Contraloría general del estado”, art. 211, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008), 41.

para lograr el cumplimiento eficaz y efectivo de sus tareas y fines para satisfacer las necesidades colectivas.¹⁸

El control administrativo del Estado tiene como finalidad en el ámbito de la administración detectar las posibles irregularidades, los posibles errores e ir generando los esquemas correctivos que permitan que las actividades de una entidad estatal se lleven a cabo dentro de los cauces de una regularidad que le permita el logro de los fines para los cuales fue creada. La acción de control constituye cualquier medida tomada por la Autoridad orientada a prevenir o corregir el riesgo o la consecuencia de este, y aumentar las posibilidades de que los objetivos y metas institucionales se alcancen.¹⁹

La auditoría *consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos*²⁰ que según la legislación ecuatoriana se desarrolla sobre dos elementos sustanciales: i) los procedimientos de control interno que incluye a la auditoría interna de cada institución pública; y, ii) el control externo que de manera privativa ejerce la Contraloría General, actualmente elevados a jerarquía constitucional y que jurídicamente sustentan las responsabilidades que se originan en la gestión de las instituciones y la actuación de los servidores públicos, previo análisis de los hechos y circunstancias relacionados con las obligaciones que tienen fuerza legal.

Entonces, debemos entender que la actividad del control gubernamental tiene su raíz en el poder que tiene el Estado para ejercer el dominio o mando sobre la población, viene a ser una potestad que posee quien, en virtud de determinadas circunstancias, goza de la autoridad para ejercerla sobre las cosas o personas y para deliberar, determinar y decidir, imponiendo la propia voluntad.

¹⁸ Daniel Márquez, Entrevista en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 5 de agosto de 2013.

¹⁹ Varios Autores. *Compilación de normas técnicas y legales para uso de auditores gubernamentales: Glosario de términos utilizados en el control gubernamental*. (Quito: PH Ediciones Asociación de Auditores Gubernamentales, 2010) 29.

²⁰ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 18, Del sistema de control externo, (Quito: 12 de junio de 2002): 8.

3. Objetivos del control gubernamental

Las finalidades técnicas del sistema de control administrativo, están encaminadas a verificar el cumplimiento de los objetivos del Estado mediante los procedimientos de auditoría gubernamental cuyos postulados básicos se encuentran consensuados en las Normas de Auditoría elaboradas por Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores INTOSAI, de los cuales se destacan la obligación de rendir cuentas por las personas o entidades que manejan recursos públicos, de establecer sistemas idóneos de obtención de datos, de control y de evaluación, de promulgar normas de contabilidad aceptables y su coherente aplicación para alcanzar la correcta presentación de la información financiera y de implantar el sistema de control interno²¹

De lo anotado se tiene que los objetivos del control administrativo del Estado, desde mi particular punto de vista, son:

- Someter a la administración al marco jurídico para evitar los excesos.
- Vigilar que los planes, programas y objetivos institucionales se cumplan conforme lo planificado, expresados en la calidad y cantidad de los servicios públicos y en el grado de satisfacción de los mismos.
- Controlar el buen uso y manejo de los recursos públicos, racionalizándolos para lograr el cumplimiento eficaz y efectivo de sus tareas y fines para satisfacer las necesidades colectivas.²²
- Elaborar herramientas técnicas y jurídicas de auditoría para hacer más efectivos los parámetros del control en procura de favorecer el funcionamiento y resultados de la maquinaria estatal.²³

Al cierre de este capítulo tenemos que para que se torne eficaz el control debe ejercerse con la misma fuerza del propio poder, pues si tenemos un control débil frente al poder no cumplirá sus objetivos, lo mismo ocurrirá si tenemos un excesivo control o más fuerte que el poder. En el estudio del control administrativo sobre la

²¹ INTOSAI Código de Ética y Normas de Auditoría, (Viena, 2015).

²² Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial Suplemento 595, (Quito: 12 de junio de 2002):8 y 31.

²³ INTOSAI Código de Ética y Normas de Auditoría, (Viena, 2015).

base de la Teoría de Estado sustentada en la división de poderes,²⁴ no es posible ejercer en forma eficiente y efectiva el control gubernamental sin autonomía e independencia.²⁵ El control frente al poder debe ser equivalente de otra suerte uno de los dos se anarquiza.²⁶ En suma su equivalencia propone un equilibrio en las relaciones de la Sociedad.

El control gubernamental revisa la razonabilidad de las actuaciones de la administración pública, es decir del sector de la sociedad que ostenta y ejerce el poder a través de las Autoridades, por lo que la actividad contralora es en extremo sensible a cualquier tipo de influencia del propio poder, por lo que su ejercicio debe ser blindado no solo en el aspecto jurídico, sino también en el aspecto político, tecnológico y económico.

Si no buscamos proteger esta noble actividad de control, está muy fácilmente será sometida por el poder y lo más grave es que el propio poder lo distorsiona y la convierte en la más letal herramienta política de persecución en contra de los opositores de los gobernantes de turno. Esto último, es lo que ha ocurrido en nuestra Región,²⁷ porque desde la perspectiva de una política que privilegia los derechos de las minorías y se aleja del criterio mayoritario, que acentúa el valor del consenso y que atenúa el papel del Estado en la sociedad, la función de los instrumentos de control tiende a diluirse. Es lamentable señalar que las herramientas de control son, en buena medida el capítulo procesal de la política. A través de ellos sus protagonistas ajustan sus diferencias, miden el alcance de su fuerza, ponen a prueba su influencia política, someten sus argumentos al veredicto mayoritario.²⁸ Lo que constituye uno de los factores más determinantes de nuestro subdesarrollo de manera integral, por lo que debemos insistir en que para que sea eficaz y efectivo como factor de desarrollo debe efectuarse con total independencia, pues su rol dentro de un Estado tiene que ver con el cumplimiento de sus metas y objetivos por lo que su ejercicio demanda igual firmeza que el propio poder, ni más ni menos, porque el

²⁴ Diego Valadés *El control del poder*, 1-2.

²⁵ INTOSAI, “Declaraciones de Lima y México”, “*Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores*”, ferido de 2017, <http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/span_publications/S_Lima_Mexico_2013.pdf>

²⁶ Jorge Rincón Córdova, Entrevista en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México 5 de agosto de 2013.

²⁷ Daniel Márquez, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 5 de agosto de 2013, XIX.

²⁸ Diego Valadés *El control del poder*, 430-432.

poder del Estado se impone frente a un control débil, lo hace sumiso y servil. Asimismo, un control excesivo entorpece la gestión del Estado, lo hace lento y obeso.

Todas las sociedades buscamos los mecanismos más idóneos para fortalecer el control de quienes tienen en sus manos la administración de los bienes públicos- *gobernantes*- hemos creado las más variadas formas de control y de elección de las Autoridades de control pero la corrupción administrativa no se detiene lo más grave es que crece cada día más, por lo que conviene apelar a la conciencia social en su conjunto, corrompidos y corruptores para ir generando compromisos de responsabilidad social, con la participación de los sectores público y privado.

En este contexto, es importante abordar el estudio doctrinario de la responsabilidad, sus elementos doctrinarios, los tipos o modos de determinación de la responsabilidad como consecuencia del control gubernamental: civil, administrativa e indicios penales y los elementos conceptuales o estructurales que les configuran.

En el siguiente capítulo de responsabilidades y su determinación, también abordaremos la determinación de órdenes de reintegro, no como parte de la responsabilidad civil sino como figura independiente con sus propias características y peculiaridades.

Capítulo segundo

El control gubernamental en el Ecuador

En el presente capítulo se hace una descripción de los orígenes del control administrativo del Estado en la Región y en el Ecuador, desde épocas coloniales hasta la actualidad, dejando constancia que en épocas coloniales no existieron sistemas de control gubernamental orientados a mantener finanzas públicas sanas en favor de la colectividad, se crearon Tribunales y Consejos de Cuentas con el único propósito de apropiarse la riqueza de nuestros territorios.

También se analiza la influencia de las revoluciones francesa y americana en la construcción de un nuevo modelo de Estado y por ende de un nuevo modelo jurídico que incorpora herramientas de control, en principio para sanear las finanzas públicas y con posterioridad para hacer efectivos los objetivos estatales expresados en metas para la consecución del bienestar colectivo.

En este capítulo se abordan los elementos doctrinarios de la responsabilidad, el régimen de responsabilidades en el Ecuador y sus elementos. La determinación de las responsabilidades en sus diferentes modalidades con las peculiaridades propias de cada una de ellas: civiles, administrativas, órdenes de reintegro e indicios penales como consecuencia del ejercicio del control gubernamental ejercido por la Contraloría General del Estado, así como el régimen de derechos y garantías constitucionales en su ejercicio.

1. Antecedentes históricos del control gubernamental en la Región

Se ha dicho que el control sobre los recursos públicos surge desde el descubrimiento de América y la conquista, aunque, en estricto rigor, en esta época dicha vigilancia se ejercía sobre el manejo de los bienes de la Corona o del Monarca y no sobre los bienes del Estado²⁹.

²⁹ Diego Younes Moreno. *Régimen de Control Fiscal* (Bogotá: Temis, 1987), 55. afirma en su obra que en ese entonces el interés era la vigilancia de los dineros del Monarca, no del Estado, por lo cual no es acertado hablar de un control fiscal, entendido como el derecho de la comunidad para fiscalizar los dineros públicos que administra el Estado. Esta distinción se define con claridad en la Revolución Francesa.

El maestro Miguel Alejandro López Olvera hace evidente el objetivo único que tenían las recaudaciones reales y su control, el pueblo no podía vigilar el buen uso y manejo de los recursos, resumiendo los decretos y órdenes que han expedido las cortes generales y extraordinarias, desde el 24 de mayo de 1812 hasta febrero de 1813, para establecer el pensamiento jurídico del Estado monárquico español con relación al control y responsabilidad del rey: “...*el monarca por su condición de omnipotente y sagrado, no podía causar daño a sus súbditos; sus decisiones, sus actos y sus actuaciones no estaban sujetos a vigilancia o control...*”³⁰

En efecto, cuando se produce el descubrimiento de América se implanta de manera simultánea un sistema de vigilancia –o de control fiscal, según la asimilación anunciada- sobre los fondos o bienes de la Corona. Así las cosas, en el segundo viaje de Cristóbal Colón, cuando parte de Cádiz al frente de una empresa colonizadora³¹ conformada por diecisiete naves y mil quinientas personas, los Reyes Católicos designan un funcionario con la misión de vigilar el manejo de los fondos y bienes de la expedición. Dicho funcionario se denominó “lugarteniente de los Contadores Mayores de Castilla”.

Posteriormente, con la fundación de Santo Domingo por parte de Bartolomé Colón -hermano del primer almirante de las indias-, y debido a sus fracasos políticos y a la mayor complejidad de la administración de los territorios ocupados, se organiza el Tribunal de la Real Audiencia de Santo Domingo 1511. En ese entonces, el hijo del Descubridor, Don Diego Colón, ejercía el Gobierno de La Española (como se llamó la isla antillana).

Este Órgano corporativo de la administración de justicia ejerció de la misma manera, funciones de gobierno, entre las cuales se destaca la labor de vigilancia a los altos funcionarios de la Corona, incluyendo la de fiscalizar a los virreyes. A través de los juicios de residencia se ordenaba, entre otros aspectos, la rendición de cuentas de los bienes fiscales puesto bajo la administración de los funcionarios, principalmente cuando se retiraban de sus cargos. Esta audiencia fue suprimida en 1513, debido a los conflictos jurisdiccionales presentados con Don Diego Colón; se restableció en 1516, se suprimió luego, para finalmente ser restablecida en forma definitiva en 1526; “y

³⁰ Miguel López Olvera, *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013), 9.

³¹ Armando Gómez Latorre, “*Antecedentes históricos de la Contraloría, en economía colombiana*”, *Revista de la Contraloría General de la República* No. 150, (Bogotá: 1983):52.

ya desde entonces se generalizó esta institución en tierra continental, creándose nuevas audiencias a medida que así lo requerían los avances de la conquista”³².

En 1518 se constituyó en forma permanente el Consejo de Indias, configurando como el supremo órgano administrativo colonial. Además de ser el órgano de consulta para todos los asuntos referentes a las Indias, ejercía funciones del cuerpo legislativo y máximo tribunal de apelación en asuntos contenciosos, civiles, administrativos y criminales³³.

En el año de 1604 se crearon los Tribunales de Cuentas, especialmente en las regiones donde se explotaban metales y piedras preciosas, en razón a lo representativo de los ingresos de la Corona. “Durante el siglo XVII y gran parte del XVIII, los Tribunales de Cuentas hicieron las veces de contralorías regionales en los virreinos, capitanías y presidencias en que España había dividido política y administrativamente su imperio colonial en América”³⁴.

De lo anteriormente expuesto podemos ver como el origen del control fiscal se da, no en los bienes del Estado, sino, en el patrimonio de la corona.

Se crearon los tribunales de cuentas, esencialmente donde se daba la explotación minera, donde más ingresos representaba para la Corona. Mediante las ordenanzas promulgadas en Burgos el 24 de agosto de 1605, Felipe III fundó estos tribunales en América, con sedes en las ciudades de México, Lima y de Santa Fe de Bogotá y su jurisdicción coincidiría con la del Virreinato respectivo. Dichos tribunales tenían por objeto tomar y finiquitar las cuentas que presentaran los oficiales reales y demás encargados de recaudar y administrar las rentas de la corona (tesoreros, arrendadores, administradores, fieles y cogedores de rentas reales), también conocían sobre el cobro de los retrasos en el pago de las deudas al fisco, conforme a los procedimientos que con ese propósito aplicaba la Contaduría Mayor de Cuentas de Castilla. Cada Tribunal de Cuentas estaría compuesto por tres contadores de cuentas, dos contadores de resultas, dos oficiales y un portero con vara de justicia³⁵.

³² J.M. Otschapdequi, *El Estado Español de las Indias*, (México: Fondo de cultura económica, 1982), 58.

³³ Jaime Jaramillo Uribe, *Manual de historia de Colombia*, (Bogotá: Pro cultura Instituto Colombiano de Cultura, 1982), 356.

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ *Ibíd.*

En lo específico, no existieron sistemas de control gubernamental orientados a mantener finanzas públicas sanas en beneficio de la colectividad, el único objetivo de la Corona española y sus conquistadores fue apropiarse de la riqueza de los pueblos coloniales en su propio beneficio y nada más. En épocas coloniales el único objetivo del sistema de control y vigilancia – Tribunales y Consejos de Cuentas- era el cobro de los tributos impuestos a los pueblos conquistados (diezmos, estancos, alcabalas, etc.).³⁶

La evolución del control administrativo de los Estados se fue desarrollando en forma distinta en las diferentes regiones del continente. De manera generalizada en sus inicios su objetivo fue el control en la recaudación de los tributos a favor de la Corona para luego y en forma muy lenta evolucionar al control de la gestión gubernamental de la administración pública orientada al cumplimiento de los planes y objetivos institucionales. Esta evolución obedece fundamentalmente a dos fenómenos muy fuertes: El primero de orden político, la Revolución Francesa que tuvo su impacto en las guerras por la independencia; y, el segundo de orden económico, la crisis económica provocada por las guerras de la independencia, con repúblicas nacientes con todo por hacer, sumado a la primera guerra mundial que destruyó la economía de todo el mundo.³⁷

Además de lo señalado las nacientes repúblicas heredaron un sistema tributario inviable para sus pueblos (alcabalas, prohibiciones, diezmos, estancos, monopolios, bienes clericales) lo cual condicionaba la banca rota de sus economías que duró más de un siglo con las consiguientes consecuencias sociales en perjuicio de nuestros pueblos.

Durante más de un siglo la crisis económica y social era generalizada en la Región, luego se agudizan dichas crisis por los efectos de la Primera Guerra Mundial, inflación incontrolable, continuos déficits presupuestarios, manejo irresponsable de la emisión por parte de los bancos privados, unidos a las dificultades en el comercio internacional con sus productos de exportación, obligaron y generaron consenso a nivel nacional e internacional sobre la necesidad de revitalizar

³⁶ Manuel Solares Mendiola, *La Auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 29.

³⁷ María Rebeca Almeida Arroba, “Kemmerer en el Ecuador”, *Flacso Andes*, 1994, marzo de 2017 <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros?avanzado=0&query=Kemmerer>, libros Kemmerer en el Ecuador>

sus economías, no es menos real que especialmente el problema inflacionario y de emisión inorgánica no fue indiferente a ningún Estado del planeta.³⁸

2. El control gubernamental en el Ecuador

El primer Tribunal de Cuentas en el Ecuador se instauró en Quito en el año de 1564, con la venida de Hernando de Santillán, quién actuó como su primera cabeza, en calidad de Presidente de la Audiencia, más dos Oidores, el Contador y el Tesorero. Tenían absoluta autonomía respecto de las autoridades administrativas y para asegurarla se prohibía expresamente ejercer ninguna injerencia en su funcionamiento, al punto de serles vedado a las autoridades administrativas tener las llaves de las Cajas Reales. Se crearon con la finalidad de vigilar la cuenta y cobro de la Real Hacienda; para tomar las cuentas de las rentas y derechos que pertenecen al Rey en las Indias.³⁹

En la época de la Gran Colombia, la Contaduría General reemplazó a los Tribunales de Cuentas de la época colonial. Era el mismo sistema de control que mantuvo España y que con el transcurso del tiempo se fue perfeccionando y adecuando a las circunstancias de nuestro Continente. Pero a pesar de la independencia americana, se siguieron manteniendo los mismos procedimientos de control. En forma expresa, se le prohibía a la Contaduría General ejercer la jurisdicción contenciosa, que constituyó facultad de los Intendentes, los cuales eran magistrados sujetos al Presidente de la República, que ejercían el mando político de cada Departamento, el primer Intendente de Quito fue el Mariscal Antonio José de Sucre. La Contaduría General estaba conformada por cinco Contadores, a quienes presidía el Decano. El Poder Ejecutivo tuvo mucha injerencia en la conformación y funcionamiento de este organismo de control, pues lo organizaba, designaba a sus miembros y fijaba su sueldo.⁴⁰

³⁸ María Rebeca Almeida Arroba, “Kemmerer en el Ecuador”, *Flacso Andes*, 1994, marzo de 2017 <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros?avanzado=0&query=Kemmerer>, libros Kemmerer en el Ecuador>

³⁹ Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación* (Quito: Contraloría General del Estado, 1977), 18.

⁴⁰ *Ibid.*, 46-47.

El Ecuador como organización jurídica fue fundado en 1830, época desde la cual han regido 20 constituciones⁴¹ que, acorde con el desenvolvimiento histórico, en lo relacionado con lo que actualmente se conoce como control de la utilización de los recursos estatales, ha adoptado la modalidad de Tribunal de Cuentas como ejecutor de los juicios de cuentas, las Contadurías y posteriormente la actividad de control atribuida a la Contraloría General de la República, entidad que entre 1928 y 1977 aplicó un régimen hacendario y de fiscalización y, con motivo de la actualización iniciada en esa época, instaurar el sistema al de control mediante auditoría gubernamental.

“La Constitución de 1830 contó con la participación de legisladores con sólidos conocimientos jurídicos y administrativos, y por ello se tomó muy en cuenta el sistema de control, que tenía que efectuarse sobre los fondos públicos. El artículo 55 dice: Habrá en la capital del Estado una Contaduría General, que revisará las cuentas de las Contadurías Departamentales. El Presidente de la República, como máxima autoridad administrativa, tenía la atribución de designar a los empleados de hacienda. El 28 de septiembre de 1930 se dictó la Ley de Hacienda. La Contaduría tenía un nexo muy estrecho con el Ministerio de Hacienda”.⁴²

“Alfredo Pareja Diezcanseco referido en la reseña histórica de la Contraloría General del Estado, señala que durante los tres Gobiernos del general Juan José Flores, la Hacienda Pública fue patrimonio de los militares. No hubiera podido Flores gobernar sin ellos y hubo que satisfacer sus apetitos para mantenerse en el poder. Esta fórmula de equilibrio del poder público quedó como una gravísima dolencia en nuestro país. Vivía el Ecuador en la miseria. El desorden financiero es la característica de sus administraciones”.⁴³

Al llegar al poder Vicente Rocafuerte, la situación administrativa del país era desastrosa.⁴⁴ En cuanto a la hacienda pública, ni contabilidad, ni cuentas, ni recaudaciones ordenadas, ni dinero, solo desorden y picardía de los funcionarios. Justamente durante su gobierno se dieron los lineamientos para organizar el sistema administrativo, financiero y de control, mediante la expedición de la Ley Orgánica de

⁴¹ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, “Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008”, *Cancillería del Ecuador*, <<http://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/>>

⁴² Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación* (Quito: Contraloría General del Estado, 1977), 63-64.

⁴³ *Ibíd.*, 67.

⁴⁴ *Ibíd.*, 69.

Hacienda en el año de 1837. Desde aquel año se estableció un orden jerárquico, en cuya cúspide se encontraba el Presidente de la República; a continuación, venía el Ministerio de Hacienda, al que le correspondía la vigilancia de la administración de la hacienda pública y estaba facultado para tomar las medidas necesarias para mejorar la recaudación, distribución y administración de las rentas públicas, así como la conservación de los bienes nacionales.

Recibía de los gobernadores los estados mensuales que le presentaban las oficinas de recaudación y los estados comparativos trimestrales del producto de la renta. La Contaduría General le proporcionaba los datos necesarios para elaborar y elevar al Congreso el informe de su Secretaría.⁴⁵ Como se puede observar la actividad de control era una oficina de una Secretaría de Estado, sin autonomía e independencia.

En el gobierno del presidente García Moreno, se dicta la Ley Orgánica de Hacienda, la misma que fue promulgada el 21 de octubre de 1.863. Esta ley recoge las principales instituciones de sus predecesoras y es la de mayor duración en la vida del país, pues rigió por un total de 64 años, hasta 1927, en que se dicta una innovadora ley inspirada en los trabajos de la Misión Kemmerer, que fuera contratada por el presidente Isidro Ayora. Al corto tiempo, no sin antes haber sufrido considerables reformas, esta ley fue sustituida en 1928 por otra cuya vigencia también es significativa al extenderse por 47 años, hasta 1975, cuando se expide la ley que recoge los principios básicos de gerencia financiera y de control gubernamental moderno. Desde luego, la ley de hacienda de 1863 mereció codificaciones importantes en 1912 y 1924, y la de 1928 en 1947, 1948 y 1960⁴⁶.

En la página web de la Bolsa de Valores de Guayaquil que revisa los antecedentes históricos del control gubernamental en el Ecuador, se señala que en la etapa comprendida entre 1863 y 1928 se implantó en el país la legislación hacendaria a través de los denominados Tribunales de Cuentas mediante una organización piramidal y centralizada que dependía del Presidente de la República que como jefe de la administración dirigía las rentas establecidas, en segundo lugar, se ubica al

⁴⁵ *Ibíd.*, 69-71

⁴⁶ Sección nacional del Ecuador del IPGH, “Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”, *Sección Nacional del Ecuador del IPGH*, febrero del 2017 <<http://www.ipgh.gob.ec/imagenes/noticias/pdfs/LOAFYC14.pdf>>, 19.

Ministro de Hacienda que debía ejecutar el sistema, cuidar y conservar los bienes nacionales, recaudación de las rentas y distribución de los caudales públicos.

El tercer nivel, fue asignado a los gobernadores, como jefes de la administración de hacienda en sus respectivas provincias, dependientes inmediatos del Ejecutivo, cuyas órdenes recibían a través del Ministerio de Hacienda, el cuarto lugar correspondía a los tesoreros con ámbito también provincial encargados de la recaudación e inversión y el apoyo en interventores para el control previo de las transacciones; y, finalmente, en quinto lugar los colectores como receptores y custodios de primera mano de los ingresos sin funciones de inversión. Para la administración superior que se concretaba a políticas y normas de organización, autocontroles, contrataciones, participación en rentas fiscales, mejoras en las recaudaciones, etc., fueron creadas las Juntas de Hacienda con ámbito provincial.⁴⁷

El control de las actividades de la hacienda lo ejercía un órgano judicial, denominado Tribunal de Cuentas que ocupaba un lugar inmediato a la Corte Suprema, se pronunciaba mediante sentencias de todas las cuentas del año que, obligatoriamente, debían concluir en el siguiente. Se podía solicitar la revisión del juicio por errores, omisiones, duplicaciones o falsedades descubiertas, recurso de revisión que tramita la sala que no falló en primera instancia, también conocida como sentencia de vista para posteriormente dictar la sentencia de segunda o de revista que, sólo admitía el recurso de queja ante la Corte Suprema.

Las responsabilidades eran de orden penal, pecuniaria y legal, debiendo ponerse en conocimiento del juez competente las primeras, dejando copia para continuar con el juicio de cuentas. La responsabilidad pecuniaria se concretaba con los alcances de cuentas, mientras que la responsabilidad legal se aplicaba a los empleados morosos en prestar las cuentas bajo prevenciones de destitución, suspensión de derechos de ciudadanía y reducción a prisión hasta que las presenten.

En el caso de responsabilidades pecuniarias o legales del Ministro de Hacienda, el Tribunal debía remitir todas las actuaciones al Congreso. Cabe observar que en esta etapa el control revela la vigencia del nivel de Tribunal de Cuentas para los empleados comunes y el fuero de Congreso para el Ministro de Hacienda, lo que en la práctica llegó a confundir los principios jurídicos que regulaban las actuaciones administrativas con los correspondientes al ámbito jurisdiccional y político,

⁴⁷ Ibíd.

circunstancias que en esa época impidieron el desarrollo y especialización de esas materias que si bien están interrelacionadas su alcance y efecto es diferente, particularmente de orden administrativo, político y social.⁴⁸

Con la llamada Revolución Juliana de 1925, comienza una transformación político-administrativa y socio-económica del país. Con ella se inician cambios tanto en lo económico como en lo tributario y administrativo. Con la filosofía de cambio, enunciada por la Revolución Juliana, el Gobierno ecuatoriano, presidido por Isidro Ayora, contrató a la Misión Kemmerer liderada por el Dr. Edwin Walter Kemmerer y conformada por expertos financieros norteamericanos, para el estudio y organización del estado económico de nuestro país. Entre las leyes que preparó fue la Ley Orgánica de Hacienda en 1928.⁴⁹

En la exposición de motivos de la ley se dice que se establece la Contraloría, como departamento independiente del Gobierno. La Contraloría no podría cumplir sus funciones con toda la eficiencia, si estuviera subordinada a algún Ministerio como por ejemplo el de Hacienda, La Contraloría se constituye independiente del Poder Ejecutivo, principio jurídico administrativo esencial para el éxito de su función principal, que es la del control fiscal. La independencia y autonomía, está conforme con la práctica mundial de la fiscalización pública, así en los Estados Unidos se estableció en 1921 un departamento de Contraloría General, independiente del Poder Ejecutivo y bajo el control y dirección de un Contralor General, quien rinde cuentas únicamente ante el Congreso. Los poderes y deberes conferidos por la Ley al Contralor son iguales a los del Contralor General de los Estados Unidos.⁵⁰

El funcionamiento financiero de la Administración de esa época se concretaba al control de la ejecución presupuestaria, pero sin el apoyo de la ciencia contable porque los registros contables sólo se realizaban respecto de la cuenta caja mediante el simple registro de ingresos y gastos. En consecuencia, el sistema de control consistía en la rendición de cuentas por los funcionarios bajo cuya responsabilidad se encontraba el manejo administrativo financiero de los recursos públicos conocidos como *rindentes* en las oficinas de la Contraloría General y que daba preponderancia a aspectos de legalidad y formalidad, es decir no se analizaba el

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación*, 117.

⁵⁰ *Ibíd.*, 140

beneficio alcanzado con esos gastos o cuales habían sido sus efectos. La actividad de control asignada a la Contraloría General como organismo de intervención fiscal o fiscalización de la hacienda pública era ejercida a través de pronunciamientos previos o actuaciones concurrentes y mediante el examen de cuentas e información financiera.⁵¹ Es decir, el organismo de control ejercía una tutela directa sobre la administración activa, similar a lo que realiza la auditoría interna de la actualidad, con la circunstancia de que concentraba la información presupuestaria, certificaba las disponibilidades de fondos, emitía informes sobre inversión de recursos y asignaciones extraordinarias o adicionales, administraba los bienes fiscales y resolvía dudas sobre los bienes nacionales, determinaba los asuntos sometidos a licitación, firmaba los contratos y títulos de deuda pública y observaba la legalidad y conveniencia de los gastos y sobre uso de los recursos materiales y financieros.

El examen de cuentas tenía como finalidad la expedición del finiquito o declaración de corrección por la Contraloría General y, en el caso de observaciones la formulación de la glosa correspondiente que debía satisfacer el *rindente* o se hacía efectivo el alcance de cuentas, decisión definitiva en lo relacionado a cuestiones de hecho, pero se podía solicitar la revisión o reapertura por causas expresamente señaladas en la ley de hacienda. En consecuencia, el control se dirigía hacia el rindente y no hacia la entidad u organismo⁵², limitante para poder determinar la situación real de la entidad u organismo en lo financiero o administrativo respecto de la obtención de los objetivos o propósitos institucionales, sin que tampoco la fiscalización o trabajo de campo haya contribuido a solucionar esta deficiencia, porque se mantuvo la finalidad del examen de cuentas.

Con la caída de Isidro Ayora el 24 de agosto de 1931, se inicia una larga y oscura etapa de la historia ecuatoriana, caracterizada por la inestabilidad institucional y la crisis económica, etapa que concluye el 31 de agosto de 1948 con la asunción de mando por parte del presidente Galo Plaza, luego de elecciones convocadas por primera vez en varias décadas. En materia hacendaria, presupuestaria y crediticia consiguió profusa colaboración de expertos internacionales en varias materias, que provino especialmente de las Naciones Unidas y varias misiones privadas, casi todas gratuitas, uno de sus frutos más relevantes fue el proyecto de la Ley Orgánica de

⁵¹ *Ibíd.*, 159

⁵² Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación* (Quito: Contraloría General del Estado, 1977), 19.

Presupuesto, que fue publicada en el Registro Oficial 769 de 21 de marzo de 1951; Además marco el inicio de lo que en lo posterior constituyó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.⁵³

El Órgano Superior de Control en el Ecuador tiene dos etapas históricas bien marcadas: la primera, durante los siglos XIX y primer cuarto del siglo XX, en que la nota predominante es la jurisdiccional, configurándose como Contaduría y luego como Tribunal de Cuentas y vinculándose en forma amplia con el ámbito judicial; la segunda etapa, con una caracterización legislativa, en cuanto el Contralor es nombrado por el Congreso y responde ante dicho Órgano legislativo. La posición del Tribunal de Cuentas como órgano de tipo judicial arranca no solo de la Ley de Hacienda, sino de la propia Constitución; así, es posible observar que en las Cartas Políticas de 1878, 1884, 1897 y 1906, dentro del título denominado del Poder Judicial, se trata del Tribunal de Cuentas, creado en 1863. La Constitución de 1946 restablece el Consejo de Estado y es curioso el inciso tercero de su artículo 149, al establecer que el Contralor General, en tanto juzga y falla de las cuentas de los rindentes desempeña función judicial.⁵⁴

En efecto, datan de esa época las leyes por las cuales fueron creados los Tribunales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo como órganos judiciales especializados en lo fiscal y administrativo, el primero mediante decreto 10, publicado en el Registro Oficial 847 de junio 19 de 1959 y el segundo en la constitución de 1967 y posteriormente en la ley 035-CL, publicada en el Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968,⁵⁵ habiendo asignado en un primer momento al Tribunal Fiscal competencia para conocer y fallar en los recursos contra resoluciones de la Contraloría General del Estado que establecían responsabilidad económica en materia fiscal o en la gestión económica, estatal, municipal sometidas al control y juzgamiento por dicho organismo, para en un segundo momento, a partir de 1967, época en que fue establecido el Tribunal de lo Contencioso Administrativo atribuirle con propiedad a éste nuevo órgano dicha competencia, modificación que afirmó el

⁵³ Sección nacional del Ecuador del IPGH, “Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”, *Sección Nacional del Ecuador del IPGH*, febrero del 2017 <<http://www.ipgh.gob.ec/imagenes/noticias/pdfs/LOAFYC14.pdf>>, 21-22

⁵⁴ *Ibíd.*, 35-36

⁵⁵ Sección nacional del Ecuador del IPGH, “Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”, *Sección Nacional del Ecuador del IPGH*, febrero del 2017, <<http://www.ipgh.gob.ec/imagenes/noticias/pdfs/LOAFYC14.pdf>>, 36-37

carácter administrativo de los pronunciamientos de la Contraloría General del Estado y superó la confusión de sus actividades con la actividad judicial.

La reforma sustancial de su actividad como órgano de control de la correcta recaudación e inversión de los fondos públicos, da inicio el 10 de octubre de 1974, con la expedición del Decreto- Ley 1065-A, que reforma a la Ley Orgánica de Hacienda de 1928 y codificada de 1960. En el que se consagra el principio de que la Contraloría debe tener un sistema moderno de control (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control), con el fin de precautelar en forma efectiva, eficiente y económica la administración de los recursos humanos, materiales y financieros. Principios que permiten el control oportuno de los fondos fiscales, aptos para satisfacer las necesidades del servicio público y procurar el desarrollo del país. Fueron necesarios casi tres años, para lograr la elaboración la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control misma que fue publicada en el Registro Oficial 337 del 16 de mayo de 1977. En ella se deja atrás el sistema de control fiscalista y se instaura el sistema de control gubernamental de los recursos públicos. Este comprende el conjunto de leyes, normas, métodos y procedimientos que rigen las actividades de las entidades del sector público, en lo concerniente al control de su gestión y al ejercicio de sus facultades.⁵⁶

La expedición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control incorporó el enfoque sistémico de las ciencias administrativas, es decir al conjunto de componentes interrelacionados, interdependientes e interactuantes que tiene como finalidad el logro de objetivos determinados en un plan que, al caso está vinculada con la prestación de servicios públicos y el desarrollo socioeconómico de manera eficiente, efectiva y económica. Los componentes del sistema de administración aplicados mediante planificación de la gestión financiera son el presupuesto, la determinación y recaudación de recursos financieros, la tesorería, la contabilidad gubernamental y el control de los recursos públicos, es decir, no se incluyó la planificación y políticas generales establecidas a través de otros mecanismos jurídicos y de gobierno, característica que se afirma al establecer como órgano rector de los tres primeros sistemas al Ministerio de Finanzas y de los dos restantes a la Contraloría General, precisamente para separar a ésta última de la aprobación o

⁵⁶ Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación*, 154-155

ejecución de actividades, de los vaivenes políticos y compromisos para precautelar la autonomía e independencia propia de las entidades fiscalizadoras superiores.⁵⁷

Desde 1927 a 1973, la Contraloría General, basó su acción fundamentalmente en el sistema de contabilidad y control fiscal de los recursos públicos de manera aritmética: de lo gastado, comprado, entregado y ordenado.

Con el gran impulso y desarrollo del sector público y el aumento constante de sus funciones, obligaciones y responsabilidades se tornaba necesario el incremento de normativa legal para desarrollar la gestión pública, lo cual a su vez también demandó la modernización del sistema de control gubernamental.⁵⁸ Este nuevo sistema de control tuvo entre sus reformas legales sustanciales las siguientes: La correcta recaudación e inversión de los fondos públicos, da inicio el 10 de octubre de 1974, con la expedición del Decreto – Ley 1065-A, que reforma a la Ley Orgánica de Hacienda de 1928, codificada en 1960. En él se consagra el principio de que la contraloría debe tener un sistema moderno de control, con el fin de precautelar en forma efectiva, económica y eficiente la administración de los recursos humanos, materiales y financieros, principios que permiten el control oportuno de los fondos fiscales, aptos para satisfacer las necesidades del servicio público y procurar el desarrollo del país. Fueron necesarios casi tres años, de ardua labor, estudio y meditación, para lograr la elaboración de un proyecto de Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que se efectivizó el 16 de mayo de 1977.⁵⁹

Al cambiarse su estructura legal y administrativa, la contraloría dejó de ser la oficina de contabilidad de intervención fiscal, y se constituyó en un organismo superior de control, que tiene por finalidad el control externo de los recursos de las entidades del sector público; que lo efectúa mediante el examen posterior de las operaciones financieras y administrativas de cada entidad, por medio de exámenes especiales y auditoría gubernamental⁶⁰

Los errores, irregularidades o violación de la ley que no se pueden excluir del ejercicio de la función administrativa fueron regulados con el procedimiento de determinación de responsabilidades sustentado en la presunción de corrección y la

⁵⁷ Ecuador, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en Registro Oficial 337, Decreto Supremo 1429, “Resumen de los antecedentes”, (Quito, 16 de mayo de 1977): 55-56.

⁵⁸ Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación*, 150-151.

⁵⁹ *Ibíd.*, 154-155.

⁶⁰ *Ibíd.*, 155.

idea constitucional de responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos vinculada con los deberes atribuciones y sanciones propios de esa circunstancia que pueden ocasionar responsabilidades administrativas, civiles y penales, en atención a factores que giran alrededor del grado de culpa o dolo en que hubiera incurrido el implicado, discriminando especialmente la responsabilidad administrativa de la civil que, en la legislación hacendaria precedente estaban confundidas, de tal manera que la ausencia de alguna formalidad ocasionaba prestaciones económicas a favor de los entes públicos, propiciando un enriquecimiento injustificado, cuando en realidad no se había ocasionado perjuicio.⁶¹

En la década de los 80 del siglo anterior, uno de los temas de discusión en la sociedad ecuatoriana fue la creación de la denominada Función de Control,⁶² para concentrar y elevar de categoría jurídica al control gubernamental, proposición que no se concretó mediante textos constitucionales o legales; por tanto, se mantuvo en el país la organización clásica de las Funciones del Estado y, a la Contraloría General del Estado, en la misma calidad constitucional de Organismo Técnico Superior de Control de los recursos públicos, dotado de autonomía e independencia para el ejercicio de esas facultades, acorde con los principios y normas universales existentes sobre esta materia.

En la actualidad, el Ecuador ha instituido la Función de Transparencia y Control Social en la que se encuentran fusionados diversos controles determinados por el texto constitucional vigente desde octubre de 2008, así los de carácter social, popular, administrativo interno y externo e inclusive la actividad de entes reguladores.

3. Concepto de responsabilidad

El termino responsabilidad proviene del latín *sponsor*, que significa “el que se obliga”, y de *responderé*, prometer, merecer, pagar. Esto significa que una persona es responsable cuando sus actos impliquen una infracción a la norma jurídica, por lo

⁶¹ Ecuador, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en Registro Oficial 337, Decreto Supremo 1429, “Resumen de los antecedentes”. (Quito: 16 de mayo de 1977).

⁶² UNIANDES EPISTEME: Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación. Carrera Calderón, F. A. Vol. (2) Núm. (1) 2015 Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES 1 La Participación Ciudadana y Control Social en Ecuador. Citizen Participation and Social Control in Ecuador. MSc. Frankz Alberto Carrera Calderón frankzcarrera@gmail.com UNIANDES

que está obligada a responder por las consecuencias que originen esos actos, y que de acuerdo con el orden jurídico es susceptible de ser sancionada.⁶³

Según el maestro Daniel Márquez, la responsabilidad es un vocablo malentendido en el campo normativo, en ocasiones se le confunde con la culpabilidad o con la imputabilidad. Sin embargo, la responsabilidad es la situación en la que se encuentra un individuo imputable para dar cuenta a la sociedad de responder por sus actos. Solo son responsables jurídicamente quienes tienen la obligación legal de responder por un acto. La responsabilidad establece una relación entre el sujeto y Estado, pues a través del orden jurídico éste establece que aquel tiene la obligación de realizar determinada conducta.⁶⁴

La responsabilidad de los funcionarios constituye sustancialmente una garantía del ciudadano, ello sin perjuicio de valorar que el primer interesado en que el principio de juridicidad se cumpla resulte ser el propio Estado. De ese modo las sanciones en sus diferentes formas frente a acciones u omisiones contrarias a derecho, se presentan como un factor preventivo o de disuasión para que los agentes públicos que, por las razones que fueren se sintieren tentados de actuar de un modo contrario a derecho, eviten actuar en forma irregular.⁶⁵

Para Jorge Fernández Ruíz, la responsabilidad, en términos amplios, es la capacidad de un sujeto de derecho de conocer y aceptar las consecuencias de sus actos realizados consiente y libremente.⁶⁶

También se puede entender como la respuesta del sujeto ante la infracción o violación de un deber establecido en una norma jurídica, ya sea voluntaria o involuntariamente, por actos u omisiones, respuesta que debe traducirse en la imposición de una sanción y en el resarcimiento o reparación del daño causado a terceros.⁶⁷

Para los fines de la presente investigación el maestro Diego Valadés señala que la noción de control político debe vincularse a la responsabilidad pública. No se trata de la responsabilidad individual que recae sobre cada servidor público con

⁶³ Santiago Nieto, Yamile Medina, *El control externo y la responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, (México: UNAM, 2005), 17.

⁶⁴ Daniel Márquez, *Función Jurídica de Control de la administración pública*, 299-300.

⁶⁵ Miriam Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, (Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., 2013) ,52.

⁶⁶ Jorge Fernández Ruíz, *Derecho administrativo*, (México: McGraw-Hill, 1997), 165

⁶⁷ José Trinidad Lanz Cárdenas, *Las responsabilidades en el servicio público*, (México: INAP-Cámara de Diputados LIX Legislatura, 2006), 14.

motivo del desempeño de un cargo oficial, si no de la que le corresponde en tanto que ejerce funciones constitucional y legalmente reguladas. El servidor público, de cualquiera de los órganos del poder de que se trate, está vinculado obligatoriamente al cumplimiento de las atribuciones del órgano del que forma parte. Las inhibiciones para actuar, muy frecuentemente impuestas por la conveniencia personal de escapar a la crítica pública o a la de otros servidores públicos implican una vulneración al principio de que las funciones de derecho público no son de ejercicio discrecional sino imperativo.⁶⁸

La responsabilidad pública implica que un servidor no es libre de hacer algo contrario a lo que el desempeño de su función impone, pero tampoco lo es para dejar de hacer lo que con relación a esa misma función establece la norma de competencia. Una de las diferencias entre el derecho público y el privado es que el segundo es fuente, entre otros de derechos subjetivos que no se producen en el ámbito público. El ejercicio de las diversas expresiones de libertad corresponde en cada caso a una decisión individual, en tanto que el servidor público ejerce tareas que no fueron establecidas para que las ejerza merced a una decisión discrecional. La discrecionalidad del servidor público se encuentra restringida por la necesidad que impone precisamente, la responsabilidad asignada.⁶⁹

Otra de las dimensiones a las que remite la palabra control en su vertiente jurídica es el concepto de responsabilidad. No se puede entender que alguien pueda ser sujeto de control sin que, a su vez, se le haya asignado una responsabilidad, o sea, se controla para responsabilizar.⁷⁰

La Constitución de la República, no trae una definición de responsabilidad como cualidad o virtud de la persona, sino como una valoración subjetiva como consecuencia del ejercicio de una actividad pública, su límite es el ejercicio de una función pública y nada dice de la responsabilidad en actividad privada como tal, pero si la involucra cuando un privado desarrolla un servicio público entregado por el Estado Art. 233:

[...] Ninguna servidora ni servidor Público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus

⁶⁸ Diego Valadés, *El control del poder*, 163.

⁶⁹ *Ibíd.*; 163.

⁷⁰ Daniel Márquez *Función Jurídica de Control de la administración pública* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005), 45.

omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de los fondos, bienes o recursos públicos [...].

Como queda señalado se puede determinar tres tipos de responsabilidad: administrativa, civil y penal. En el presente estudio nos vamos a referir a la responsabilidad administrativa como consecuencia del control gubernamental, precisando que siendo parte de la responsabilidad administrativa la disciplinaria, que en resumen es aquella potestad que tiene cada Autoridad nominadora de imponer sanciones a sus subalternos por consecuencia de sus acciones y omisiones, no es materia del presente ensayo.

En Ecuador, el régimen de responsabilidades se sustenta en las siguientes premisas: i) el patrimonio público debe ser administrado honradamente, con estricto apego a la ley y combate de los actos de corrupción⁷¹; ii) el ejercicio de funciones públicas constituye un servicio a la colectividad sujeto a rendición de cuentas ante la sociedad y la autoridad⁷²; iii) la administración pública es un servicio a la colectividad regido por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación⁷³; iv) ningún servidor público estará exento de responsabilidades por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos; v) los servidores públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por los actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones⁷⁴; vi) la Contraloría General del Estado determina responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con el control de la utilización de los recursos estatales⁷⁵.

En la administración pública la apreciación de los hechos y actuaciones relacionadas con la utilización de los recursos estatales se circunscribe a análisis técnicos y jurídicos mediante aplicación de los principios constitucionales de

⁷¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] “Derechos”, cap. noveno, “Responsabilidades”, art. 83, número 8 ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 18.

⁷² *Ibíd.*, art. 83, número 11, 18.

⁷³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] “Administración pública”, cap. noveno, “Administración pública”, art. 227, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 44.

⁷⁴ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] “Participación y organización del poder”, cap. noveno, “Normas comunes de control político y social”, art. 223, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 44.

⁷⁵ *Constitución de la República del Ecuador* [2008] “Participación y organización del poder”, cap. noveno, “Contraloría general del estado”, art. 211, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 41.

“eficacia, eficiencia, calidad y evaluación” propios del “servicio a la colectividad” que constituyen parámetros para establecer responsabilidad estatal a causa de la falla del servicio, tal cual explica Diego Mogrovejo al informar sobre la aplicación de este principio en la jurisprudencia contencioso administrativa, ecuatoriana.

La Ley Orgánica de la Contraloría General ⁷⁶, dictada antes de la vigencia de la Constitución de la República, organiza lo referente a la potestad exclusiva de determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas, originadas en informes de auditoría gubernamental, con los principios de: i) presunción de legitimidad;⁷⁷ ii) debida motivación; iii) evidencia suficiente, competente y pertinente;⁷⁸ iv) responsabilidad hasta por la culpa leve;⁷⁹ v) objeción al uso ilegal, incorrecto o impropio de los recursos públicos, originado en órdenes superiores;⁸⁰ vi) responsabilidad principal y subsidiaria en casos de pago indebido;⁸¹ vii) beneficio de orden y excusión;⁸² viii) responsabilidad solidaria o coautoría en la acción u omisión administrativa.⁸³

En la administración pública, la responsabilidad jurídica comprende las obligaciones legales del desempeño de funciones públicas y las consecuencias del mismo valorado en circunstancias de sancionabilidad y culpabilidad, conforme los principios y elementos de derecho aplicables en los diferentes ámbitos de rendición de cuentas, con miras a alcanzar la vigencia de los derechos fundamentales y el buen funcionamiento de los servicios públicos.

El desempeño de funciones públicas debe ser equilibrado, contribuir a la satisfacción de las necesidades colectivas a través de servicios que alcancen niveles razonables de eficiencia, efectividad y calidad. La gestión de las instituciones públicas y la actuación de los servidores constituye el objeto del sistema de control administrativo⁸⁴ encaminado a fortalecer los aspectos operativos, financieros y ambientales lo cual condiciona la evaluación de los resultados alcanzados y, cuando

⁷⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*.

⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 38, Determinación de Responsabilidades (Quito: 2002): 21.

⁷⁸ *Ibíd.*, art. 39.

⁷⁹ *Ibíd.*, art. 40.

⁸⁰ *Ibíd.*, art. 41.

⁸¹ *Ibíd.*, art. 43.

⁸² *Ibíd.*, art. 43.

⁸³ *Ibíd.*, art. 44.

⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 8, Fundamentos, componentes, marco normativo y objeto del Sistema, (Quito: 12 de junio de 2002): 3

corresponda la determinación de las responsabilidades de carácter administrativo y financiero a efectos de mejorar los procedimientos para lograr eficiencia, eficacia y calidad, es decir, en esta clase de responsabilidad prevalece el pragmatismo técnico jurídico que, si bien incide en aspectos morales y políticos, no tiene ese carácter.

Concomitante con el radio de acción de la Contraloría como medio de control científico orientado a examinar los registros, comprobantes y documentos que sustentan los estados financieros de una Entidad Pública, así como evaluar su aspecto administrativo para establecer su eficiencia, efectividad y economía, en sus procesos administrativos: planificación, organización, dirección, registro, control y uso de los recursos públicos, nace la facultad correctiva, que tiene por finalidad establecer responsabilidad administrativa, civil y penal.

En el primer caso, las responsabilidades administrativas, la violación o incumplimiento de disposiciones legales, reglamentarias, etc., se la establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que le competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las descritas en los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.⁸⁵

En el segundo caso, cuando se ha producido un perjuicio económico a la Entidad, por aquellas personas responsables del cumplimiento de mandatos legales y de aquellas encargadas de la custodia y manejo de los recursos públicos, lo característico es la culpa, la negligencia, la falta de cuidado; En el tercer caso, los indicios de responsabilidad penal, se diferencian de la civil, por el elemento dolo, que es la intención positiva de irrogar daño.

Tratándose de responsabilidad en materia de administración pública, obligadamente nos tenemos que referir a los aspectos que existen implícitamente en la vida cotidiana de ésta y que guían el comportamiento de los funcionarios. De ahí que dicho concepto traiga aparejado algunos aspectos como son, entre otros, los jurídicos. Los servidores públicos se deben someter a lo señalado en la norma jurídica, por lo que se hace necesario para el estado implantar algún control de los abusos, la corrupción y el mal uso del poder público, por medio de la llamada rendición de cuentas. Además, los funcionarios públicos al desempeñar un cargo,

⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 45, 76 y 77, Responsabilidad administrativa culposa (Quito: 12 de junio de 2002): 25

empleo o comisión al servicio del Estado deben garantizar que los recursos públicos se utilicen conforme con los objetivos y políticas públicas.⁸⁶

4. Las responsabilidades civiles

La acepción de responsabilidad propuesta permite deslindar las correspondientes al control popular⁸⁷ como expresión de los derechos de elegir y ser elegido, fiscalizar los actos del poder público, revocar el mandato conferido a las autoridades de elección popular; al control social⁸⁸ de todos los niveles de gobierno, a través de mecanismos de veedurías y rendición de cuentas; al control de la acción del gobierno mediante enjuiciamiento político⁸⁹; y al control administrativo⁹⁰ de la utilización de los recursos estatales con sustento en la auditoría gubernamental.

En efecto, es necesario delimitar los diversos ámbitos del ejercicio del poder que en esencia es político porque influencia sobre “la autoridad, el orden y la libertad”⁹¹ como explica Diego Valadés para concretar las finalidades técnicas y jurídicas del sistema de control administrativo, encaminado a verificar el cumplimiento de los objetivos del Estado mediante los procedimientos de auditoría gubernamental cuyos postulados básicos se encuentran consensuados en las Normas de Auditoría elaboradas por Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores INTOSAI, de los cuales se destacan la obligación de rendir cuentas por las personas o entidades que manejan recursos públicos, de establecer sistemas idóneos de obtención de datos, de control y de evaluación, de promulgar normas de contabilidad aceptables y su coherente aplicación para alcanzar correcta presentación de la información financiera y de implantar el sistema de control

⁸⁶ Santiago Nieto, Yamile Medina, *El control externo y la responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, (México: UNAM, 2005), 166-167.

⁸⁷ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], título II, “Derechos”, capítulo quinto, “Derechos de participación”, artículo 61, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 12.

⁸⁸ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], título IV, “Participación y organización del poder”, capítulo primero, “Participación en democracia”, artículo 96, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 21.

⁸⁹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], título IV, “Participación y organización del poder”, capítulo quinto, “Función legislativa”, artículo 129, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 26.

⁹⁰ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], título IV, “Participación y organización del poder”, capítulo segundo, “Función legislativa”, artículo 121, número 1, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 25.

⁹¹ Diego Valadés, *El control del poder* (México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998)

interno⁹², por consiguiente, al igual que en otros ámbitos del derecho, en el sistema administrativo de control se ratifica el significado moral, político y jurídico de la responsabilidad.

En la determinación de responsabilidades por el desempeño de funciones públicas se fusionan instituciones y conceptos jurídicos de orden constitucional, administrativo, civil y penal porque responden a la evaluación de efectiva vigencia de derechos y garantías de los ciudadanos, del adecuado funcionamiento de los servicios públicos, del daño o perjuicio ocasionado a la prestación del servicio y del deber de diligencia o responsabilidad profesional.

Por mandato constitucional, en el sistema de control administrativo ecuatoriano la responsabilidad civil por el desempeño de funciones públicas es culposa, legalmente está regulada por las “normas del cuasidelito del Código Civil”⁹³ con la finalidad de alcanzar la indemnización del perjuicio económico “ocasionado a las instituciones del Estado”, proposiciones legales que corresponde confrontarlas con otras premisas de jerarquía constitucional que, vinculan el funcionamiento de la administración pública y el ejercicio de funciones como servicio a la colectividad, con el derecho de las personas a servicios públicos de calidad con eficiencia y eficacia⁹⁴, con la responsabilidad civil y penal de las instituciones por la deficiente prestación de los servicios públicos⁹⁵, de tal manera que las normas del cuasidelito para determinar responsabilidad en esta materia no son las únicas que se debe aplicar en cada caso; porque si bien preexiste una norma transgredida, el cometimiento de un acto ilícito o dañoso y la concurrencia de culpa o culpabilidad son elementos que indefectiblemente están asociados con la falta o falla del servicio, principio de derecho administrativo que tiene plena vigencia por mandato de la Constitución de la República y obliga a evaluar y juzgar el desempeño del servidor en relación al funcionamiento del servicio público involucrado.

La responsabilidad civil gira alrededor de la demostración de la culpa, entendida como “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean

⁹² INTOSAI, Código de Ética y Normas de Auditoría.

⁹³ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 18, Del sistema de control externo, (Quito: 12 de junio de 2002): 8.

⁹⁴ Constitución de la República del Ecuador [2008], tit. II, “Derechos”, cap. sexto, “Derechos de libertad”, art. 66, número 25, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 14.

⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tit. II, “Derechos”, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, art. 54, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 11.

ordinariamente en sus negocios propios”⁹⁶. La diligencia y cuidado constituye obligación legal del ejercicio de funciones públicas sometida a verificaciones y evaluaciones de eficacia, eficiencia y calidad durante la producción de servicios públicos y con posterioridad, mediante procedimientos de auditoría gubernamental que deben revelar el costo beneficio o la cantidad de recursos públicos empleados en relación con la calidad del resultado alcanzado en la satisfacción de las necesidades o requerimiento de la sociedad, circunstancias que delimitan el contexto para el análisis de la actuación o desempeño de los servidores y su responsabilidad, práctica sana que evita la mecánica aplicación de la ley que en la mayoría de los casos confunde la responsabilidad subjetiva del servidor público con la responsabilidad objetiva del Estado.

El análisis de legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia, conformidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios⁹⁷ como elemento de la responsabilidad civil culposa que ocasione daño o perjuicio al patrimonio público, también está condicionado por el resultado que proyecten las relaciones entre eficacia, eficiencia y calidad de los servicios, reglas técnicas que deben considerarse el momento aplicar las normas del cuasidelito para establecer eventuales responsabilidades civiles.

La responsabilidad civil culposa se somete a los principios constitucionales y legales que rigen para la administración pública, por consiguiente en la aplicación del sistema de control administrativo que revele daño o perjuicio económico, se debe explicar la quiebra de la presunción de legitimidad en las actuaciones, operaciones y actividades de las instituciones públicas y de sus servidores, es decir si aquellas se produjeron en el ejercicio de la competencia legalmente atribuida y conforme el procedimiento reglado, situación directamente vinculada con la presunción de inocencia atribuida a toda persona por la Constitución de la República.

En el régimen jurídico ecuatoriano, la acción u omisión⁹⁸ en el ejercicio de funciones públicas representa el deber de “diligencia y desempeño”, elementos de derecho sustantivo directamente relacionados con el deber objetivo de cuidado que describe nuestra constitución, puesto que el “fundamento de la culpa reside en

⁹⁶ Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No.46 (24 de junio 2005) Art. 5.

⁹⁷ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 12, Del sistema de control interno (Quito: 12 de junio de 2002): 6.

⁹⁸ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 40, Determinación de Responsabilidades (Quito: 12 de junio de 2002): 22.

la violación de un deber objetivo de cuidado⁹⁹. En mi opinión, en la actualidad ha sido superada la modalidad de determinación de responsabilidad civil culposa con las normas del cuasidelito, porque para la existencia de culpa debe probarse la voluntaria omisión del deber de diligencia, por consiguiente, en el juicio de responsabilidad se debe profundizar en el análisis de los elementos constitutivos de la negligencia e imprudencia propios de la culpa, en relación con los hechos y las circunstancias que los produjeron.

La función fiscalizadora de la Contraloría General para la protección y seguridad de los recursos públicos¹⁰⁰ o de establecimiento de responsabilidades se cumple en dos momentos: a) la predeterminación o glosa¹⁰¹ que en materia de administración financiera y control se define como reparo a las inexactitudes, inconsistencias o errores encontrados en la información analizada; y, b) la determinación, etapa subsecuente en la que corresponde aclarar con argumentos técnicos y jurídicos el reparo o glosa de auditoría gubernamental, mediante pruebas de descargo presentadas por los sujetos de control.

En efecto la ley¹⁰² distingue la “predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa” que consiste en anotaciones y reparos técnico jurídicos relacionados con eventuales daños o perjuicio contra los recursos públicos a consecuencia de acciones u omisiones culposas. Cabe destacar que por mandato legal la predeterminación o glosa se restringe a situaciones de responsabilidad civil susceptibles de ser justificadas o desvirtuadas en relación con los principios constitucionales de eficacia, eficiencia y calidad del servicio y según las normas del cuasidelito; y, de otra parte, regula lo referente a “órdenes de reintegro” para caso de pago indebido.

⁹⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, *Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP* (2014)

¹⁰⁰ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 31, número 6, Organismo técnico superior de control, (Quito: 12 de junio de 2002): 14.

¹⁰¹ Guillermo Cabanellas *Diccionario Jurídico Elemental* (Heliasta, 1993) Glosa. Explicación, comentario o interpretación de un texto oscuro o difícil de entender. Nota en un instrumento o libro de cuenta y razón para constancia de la obligación, hipoteca, juro. etc. Observación o reparo a una o más partidas de una cuenta.

¹⁰² Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 53, Determinación de responsabilidades, (Quito: 12 de junio de 2002): 27.

4.1. Las órdenes de reintegro

La orden de reintegro como modalidad específica de la responsabilidad civil culpable del sistema de control administrativo, tiene relación con el pago de lo no debido, cuando por error se ha realizado un pago que no se debía¹⁰³, es decir se cancela un valor que no se debía¹⁰⁴, el solo enunciado requiere reglamentación para su correcta aplicación en las siguientes áreas: Desembolso de recursos financieros, no siendo aplicable al desembolso de bienes por compensación o permuta; que la obligación sea divisible para todos los obligados, así se facilitaría el pago de la obligación, reglas claras para establecer cómo ocurre la subrogación en los derechos de la entidad pública por parte del responsable subsidiario. Solemnidades para dejar constancia, solo de esa manera se harían efectivos los derechos de orden y excusión; es requisito que el desembolso indebido sea debido a una obligación de la entidad sin causa jurídica o por causa ilícita, sí no es así, hay la probabilidad de que el reintegro cause a la entidad un enriquecimiento sin causa.¹⁰⁵

La Corte Constitucional de Ecuador, en relación a la orden de reintegro ha establecido: “considerando que el pago es la exacta ejecución de la prestación convenida por parte del deudor, destinada a satisfacer el interés del acreedor, mientras que el pago indebido resulta ser la ejecución inexacta”¹⁰⁶, pronunciamiento que debe ser confrontado con la complejidad de esta materia.

En el entorno de la administración pública los desembolsos se realizan de acuerdo con los mecanismos de acreditación y pago¹⁰⁷ fijados por ley, modalidad

¹⁰³ Código Civil, Art. 2195.

¹⁰⁴ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 031-12-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial No. 683-S de 16 de abril de 2012. *Para que se configure el pago indebido son necesarios ciertos requisitos: 1) Animus solvendi: que es la existencia de la deuda y la voluntad de cumplir; 2) El pago de lo no debido: ya sea por pago indebido objetivo que es cuando se realiza un desplazamiento patrimonial en detrimento del deudor en atención a un título que no existe o es inválido o ineficaz, o por pago indebido subjetivo cuando se extingue una obligación existente frente a un no acreedor; y 3) error de solvens: que puede ser error de hecho cuando no se debía nada o es pagado a otro y error de derecho cuando se da por la ignorancia de las leyes o mal conocimiento de ella.*

¹⁰⁵ Luis Hidalgo López, *La responsabilidad civil de los empleados públicos*, (Quito: Pudeleco Editores S.A. 1996). 141-142.

¹⁰⁶ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia No. 031-12-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial No. 683-S], 16 de abril de 2012.

¹⁰⁷ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VI, “Régimen de desarrollo”, cap. cuarto, “Soberanía Económica”, art. 299, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 54.

concordante con el principio dispositivo. El sistema nacional de finanzas públicas¹⁰⁸ establece que las transferencias y pagos corresponden a obligaciones previstas en el presupuesto que cuenten con el financiamiento respectivo¹⁰⁹, en consecuencia, para el egreso de recursos se requiere la disposición de los autorizadores de pago de las entidades responsables de determinar las obligaciones legalmente exigibles¹¹⁰ previo la verificación de que corresponda a obligación señalada en el presupuesto, que se cuente con recursos para realizar el pago y se cuente con documentos justificativos y comprobatorios¹¹¹ que revelen la existencia de un compromiso presupuestario previo al pago o demuestren la entrega de las obras, bienes o servicios contratados, de allí que el margen de error o inexactitud se reduce substancialmente, sin perjuicio de reparos a inexactitudes o inconsistencias propios de la gestión de los recursos públicos los cuales se tramitan a través de glosas, procedimiento idóneo para absolver errores o reparos.

La determinación de orden de reintegro por pagos con recursos públicos “sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente”¹¹², también está vinculada con la falla o falta de servicio público por haber contrariado los principios de eficiencia, eficacia y calidad, situación que de forma excepcional podría quebrar la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y de los servidores públicos debido a que son reglados y formales.

Por principio sustantivo civil, el pago de lo no debido debe ser probado por quien lo demanda¹¹³ y, en el sistema de control administrativo, quien afirma la culpa debe probarla, razón por la cual existe una simbiosis de principios de derecho civil y administrativo para establecer falla de servicio y la subsecuente orden de reintegro por la falta de contrato o de fundamento legal.

Cuando el beneficiario no entrega el bien, no realiza la obra ni presta el servicio o la cumple parcialmente constituyen circunstancias incompatibles con el concepto jurídico de pago indebido porque en la actividad administrativa es

¹⁰⁸ Ecuador, Código orgánico de planificación y finanzas públicas, en Registro Oficial Segundo Suplemento No.306 (Quito, 22 de octubre 2010), art. 70: 36.

¹⁰⁹ Ecuador. Código orgánico de planificación y finanzas públicas, art. 116.

¹¹⁰ *Ibíd.*, art. 163.

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 117.

¹¹² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 53, sec. 3, Determinación de responsabilidades, (Quito: 12 de junio de 2002): 27.

¹¹³ Ecuador. *Código Civil, Artículo. 2198*, De las obligaciones (Quito: 2002).

ineludible comprobar la programación de la operación o transacción, la preexistencia de recursos financieros, la legalidad, propiedad, veracidad con sustentos documentales o contractuales, exigencias que minimizan la posibilidad de formular orden de reintegro por esos motivos, de allí que jurídicamente el pago indebido del sistema de control administrativo se reduce la falta de fundamento legal o contractual y por los casos referidos, correspondería formular predeterminación o glosa de responsabilidad civil para que se presenten las explicaciones y justificativos pertinentes.

En el sistema de control administrativo, el beneficio de orden y excusión es privativo de la orden de reintegro, lo pagado indebidamente debe ser restituido por quien lo recibió¹¹⁴ pues, de acuerdo con la ley el beneficiario es responsable principal. Además, se establece responsabilidad subsidiaria del servidor cuya acción u omisión culposa hubiere posibilitado el pago indebido.

5. Las responsabilidades administrativas

La responsabilidad administrativa culposa, a consecuencia de la auditoría externa exige el “análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales”¹¹⁵, mandato jurídico abstracto y subjetivo porque no establece con precisión en qué casos específicos, no explica que sanciones corresponde aplicar y deja a discreción absoluta de la Autoridad para escoger la sanción. Al contrario, induce a interpretaciones o valoraciones discrecionales, mecánicas, subjetivas lo cual no corresponde en la auditoría gubernamental, procedimiento que debe garantizar la objetividad del sistema de control administrativo.

La Constitución demanda que el servicio a la colectividad a través de instituciones públicas sea eficiente, eficaz y de calidad, elementos que permiten realizar evaluaciones objetivas y la tipificación de infracciones administrativas, por consiguiente, el sistema de control administrativo mediante auditoría gubernamental para demostrar la culpa, debe evidenciar la falla o falta del servicio, como sustento jurídico del incumplimiento de las atribuciones, deberes, obligaciones y estipulaciones contractuales y corresponda la responsabilidad administrativa en este

¹¹⁴ Ecuador. *Código Civil, Artículo. 2200, De las obligaciones* (Quito: 2002).

¹¹⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 45, Determinación de responsabilidades, (Quito: 12 de junio de 2002): 23.

ámbito, caso contrario persiste el error de sancionar sin fundamento jurídico la simple inobservancia de disposiciones legales.

La culpa como elemento obligatorio de la responsabilidad administrativa que se origina en el sistema de control administrativo de la utilización de los recursos públicos se establece en consideración a “la acción u omisión del servidor; la jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; la gravedad de la falta; la ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; el volumen e importancia de los recursos comprometidos; el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada”¹¹⁶, criterios legales aplicables a toda actividad administrativa ejercida profesionalmente como servicio a la colectividad, mandato constitucional que vincula a esta clase de responsabilidad con el deber objetivo de cuidado¹¹⁷, doctrina que destaca el riesgo que implica el ejercicio de funciones públicas e incorpora “aspectos como el *principio de confianza* en la actuación de terceros, la *teoría de los roles* de manera que si hay la actuación dentro del rol que le es propio a un ciudadano o ciudadana funciona la *prohibición de regreso*, siendo la conducta neutra y sin lugar a que se pueda *imputar objetivamente el resultado*”¹¹⁸, planteamiento que ratifica la trascendencia de los principios de desempeño de funciones como servicio a la colectividad, la eficiencia, eficacia y calidad de los servicios públicos en el procedimiento de determinación responsabilidad administrativa culposa.

La tipificación legal de los motivos de responsabilidad administrativa culposa corresponde a situaciones propias de las gestiones administrativa, financiera y operativa de las instituciones públicas para mejorar la productividad del Estado, de tal manera que jurídicamente esta responsabilidad corresponde a aspectos funcionales y de servicio, porque debe considerarse la jerarquía del servidor, la eficiencia, eficacia y calidad del servicio, los deberes y obligaciones específicas de cada nivel administrativo¹¹⁹.

La sanción por contravenir el régimen funcional y de servicio del control administrativo corresponde a multas que oscilan entre una y veinte remuneraciones

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ Alfonso Zambrano Pasquel, *Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP* (2014) “el fundamento de la culpa reside en la *violación de un deber objetivo de cuidado* y es entonces una acción contraria al deber de diligencia que se extrae del contexto del ordenamiento jurídico”

¹¹⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP* (2014)

¹¹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Art. 45.

básicas unificadas del trabajador, “pudiendo además” el servidor público involucrado ser destituido del cargo de conformidad con la ley, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales¹²⁰, normas que contradicen el derecho de defensa en la garantía constitucional que prohíbe juzgar más de una vez por la misma causa y materia¹²¹.

El ejercicio del control de la utilización de los recursos estatales es materia administrativa, las conclusiones de los informes auditoría externa son la causa de responsabilidad administrativa por incumplimiento culpable de la ley, de responsabilidad civil culposa por el daño o perjuicio ocasionado a las instituciones públicas y de indicios de responsabilidad penal por infracciones contra la eficiencia y eficacia de la administración pública.

La práctica técnica, profesional y jurídica de la auditoría externa exige la determinación del período al que corresponde el examen, operaciones y transacciones previamente seleccionadas y objetivos de la misma, es decir se concretan hechos que al ser analizados pueden dar lugar a responsabilidades que requieren diferente sustento jurídico. La finalidad de sancionar o reparar no puede propiciar el enriquecimiento injustificado del Estado como ocurre cuando simultáneamente se establece responsabilidad civil culposa que persigue la indemnización del perjuicio o daño e indicios de responsabilidad penal que también puede dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, además de la incongruencia jurídica que resulta al pretender conciliar, respecto de los mismos hechos, la culpa del cuasidelito y el dolo de la infracción penal.

La simultánea determinación de responsabilidad administrativa y civil culposa por los mismos hechos, también contraviene el derecho de defensa en la garantía que no ser juzgado más de una vez por los mismos hechos, especialmente cuando además de la multa se impone destitución del cargo y la indemnización a la institución pública por el perjuicio económico ocasionado. Los criterios para valoración de los hechos deben ser actualizados en función del alto riesgo que implica el servicio a la colectividad con eficiencia, eficacia y calidad. El debido proceso obliga a que en materia de control administrativo, el juicio de responsabilidad a causa de informes de auditoría externa responda a la aplicación de

¹²⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 46,

¹²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, “Derechos de protección”, art. 76, lit. i.

las instituciones jurídicas que propician equidad, proporcionalidad de las sanciones así como la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

La destitución del cargo es la máxima sanción del sistema de control administrativo, corresponde a situaciones extremas como por ejemplo: el incumplimiento de parámetros mínimos en la gestión de una Autoridad que ocasione daños significativos en la Sociedad, expresados en la razonabilidad de indicadores de cantidad y calidad de bienes y servicios. Así, una Autoridad, en su planificación proyecta la construcción de mil casas en un año y ejecuta cien, sin justificar ni fuerza mayor ni caso fortuito. Esto técnicamente no responde a parámetros de razonabilidad de los resultados de una gestión; o, cuando no se cumple el debido proceso en la adjudicación de contratos.

La expresión de la ley “pudiendo además ser destituido del cargo” además de propiciar en el juicio de responsabilidad administrativa culposa apreciaciones discrecionales, da lugar a un nuevo análisis respecto de la sanción de destitución¹²², lo que contraviene la prohibición constitucional de juzgar más de una vez por la misma causa y materia, pues la autoridad nominadora del servidor implicado debe ejecutar y recaudar la multa notificada conjuntamente con el pedido de destitución porque respecto de la sanción pecuniaria no está previsto recurso en sede administrativa.

En conclusión, la responsabilidad administrativa culposa procede por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado en relación con las atribuciones funcionales y de servicio que atentan contra la eficacia, eficiencia, calidad de la administración pública.

6. Los indicios de responsabilidad penal

El carácter y significado de los recursos estatales exige el mayor cuidado y diligencia a quienes asumen el servicio a la colectividad, actividad de alto riesgo porque la falta o falla en el desempeño desencadena responsabilidades en los ámbitos moral, político y jurídico, de mucha gravedad e impacto cuando implican fraude.

El fraude que afecta a los recursos estatales mantiene la inequidad y el retraso en el desarrollo humano, así como el deterioro de la calidad de vida de los pueblos.

¹²² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 48.

La determinación de indicios de responsabilidad penal es uno de los resultados del sistema administrativo de control de la utilización de los recursos estatales, posibilita evidenciar fraude sobre la base de los principios y normas técnicas de auditoría externa, metodología profesional que lo considera como “acto intencional cometido por uno o más empleados de la entidad, que produce una distorsión en los eventos auditados”¹²³ que debe soportarse en evidencia suficiente, competente y pertinente, es decir con elementos que proporcionen seguridad razonable para proyectarlas con el mínimo riesgo de equivocación, que sean válidas y confiables previa indagación de las circunstancias que puedan perjudicar estas cualidades y exista interrelación entre la evidencia y el uso. En el ámbito administrativo financiero han sido identificadas modalidades comunes de fraude mediante “manipulación, falsificación o alteración de registros o documentos; malversación de activos; supresión u omisión de los efectos de transacciones en los registros o documentos; registro de transacciones sin sustancia; mala aplicación de políticas contables”¹²⁴ como acto intencional que ocasiona la errónea exposición de la información en los estados financieros. En atención a la amplitud de los eventos que son objeto de auditoría gubernamental también deben ser evidenciadas las acciones irregulares en procedimientos de contratación, obtención ilegítima de beneficios, desvío de recursos públicos, falsificaciones o simulaciones relacionadas con la eficacia, eficiencia y calidad de la utilización de los recursos por la administración pública.

La determinación de indicios de responsabilidad penal es procedimiento administrativo¹²⁵ del sistema de control atribuido a la Contraloría General del Estado, en el que rigen los principios de legalidad objetiva, oficialidad, informalismo a favor del administrado, debido proceso, contradicción¹²⁶; los resultados deben constar de un informe emitido previo al ejercicio de la acción penal, tanto así que esta forma de conocer la infracción penal constituye “presupuesto de procedibilidad” de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito¹²⁷, es decir, requisito

¹²³ Ecuador. Normas Ecuatorianas de Auditoría Gubernamental EAG-7.

¹²⁴ Ecuador. Norma Ecuatorianas de Auditoría (NEA) N° 5.

¹²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* [2013], art. 65, Determinación de responsabilidades, (Quito: 12 de junio de 2002): 36.

¹²⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 8 (Buenos Aires: 2013), 548.

¹²⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180* (Quito, 10 de febrero de 2014), art. 581.

indispensable para que se instaure relación procesal en esos casos, la ausencia de este presupuesto afecta substancialmente a la acción y sus resultados.

El informe de indicios de responsabilidad está sometido a los principios y normas profesionales de la auditoría gubernamental, en consecuencia debe reunir los requisitos técnicos y jurídicos que exige el ejercicio del sistema de control administrativo¹²⁸, por consiguiente sus conclusiones se soportan con evidencia de auditoría suficiente, competente y pertinente de tal forma que se cumpla el principio profesional de seguridad razonable.

La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial que organiza y dirige el sistema especializado integral de investigación preprocesal en el cual se obtienen elementos de convicción para ejercer la potestad de acusar previo al inicio del proceso penal, etapa en la cual además de cautelar los derechos fundamentales de los involucrados se debe actuar según los principios del procedimiento administrativo, tanto es así que el fiscal mediante requerimiento de archivo¹²⁹, puede dar por terminada la investigación antes del cumplimiento de los plazos señalados por la ley, por falta de elementos de convicción suficientes, facultad que también puede ejercer respecto de informes de la Contraloría General que carezcan de evidencias técnicamente recogidas y que impidan sustentar la acusación fiscal.

El indicio es definido como “fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”¹³⁰, en consecuencia los resultados de auditoría externa describen e informan técnicamente a la Fiscalía General de hechos conocidos con motivo del ejercicio del control de la utilización de los recursos estatales a fin de que sean valorados con fines de investigación preprocesal y de acusación de los delitos de peculado o enriquecimiento ilícito, en cumplimiento del presupuesto de procedibilidad que exige la ley penal.

Es totalmente cuestionable que las evidencias obtenidas y las inferencias expresadas por la auditoría gubernamental en el informe de indicios, definan la actuación del fiscal, servidor público que tiene la obligación de investigar y obtener

¹²⁸ Ecuador. “Reglamento para la elaboración, trámite y aprobación de informes de auditoría gubernamental, predeterminación de responsabilidades y su notificación” Registro oficial 713 primer suplemento (2016)

¹²⁹ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544 (9 de marzo 2009), art. 586

¹³⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., vol. 2 (Madrid: España, 2001).

elementos de convicción para acusar y, menos aún, que determinen la existencia de responsabilidad penal, de allí la competencia a la Contraloría General del Estado de “determinar indicios de responsabilidad penal” es inexacta porque la declaración penal de responsabilidad corresponde a los órganos jurisdiccionales.

Jurídicamente la Contraloría General determina indicios de fraude a consecuencia de la aplicación de principios y normas técnicas de auditoría gubernamental que deben ser comunicados a la Fiscalía General¹³¹ cuando estén relacionados con peculado o enriquecimiento ilícito en cumplimiento de la actual legislación penal que exige este requisito administrativo como presupuesto de procedibilidad de un eventual proceso.

El antecedente histórico y la costumbre de calificar a la Contraloría General como “juez de cuentas” ha ocasionado confusiones respecto de la competencia para “determinar responsabilidades” administrativas civiles culposas e indicios de “responsabilidad penal” puesto que el sistema de control administrativo ni la auditoría gubernamental tienen carácter jurisdiccional, al contrario obedecen a principios derecho público y administrativo en consonancia con preceptos técnicos y normas profesionales cuya finalidad es la evaluación de eficacia, eficiencia y calidad del servicio a la colectividad asignado a la administración y servidores públicos para mejorar la productividad de las instituciones y, conforme ha sido explicado, la potestad de determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas en indicios de fraude, constituyen complemento de la facultad correctiva del sistema de control administrativo ejecutado por la Contraloría General; posteriormente dicho informe debe ser aceptado por el fiscal como elemento de convicción para acusar; y, finalmente, en la fase de juzgamiento debe constituirse en prueba o indicio de la comisión de peculado o enriquecimiento ilícito.

El informe de indicios emitido en el sistema de control administrativo de la utilización de los recursos estatales en forma alguna implica establecimiento de responsabilidad penal, las verificaciones y pruebas de auditoría gubernamental alcanzan el nivel de notitia crimine para ante la Fiscalía General, institución que igualmente en la instancia administrativa de investigación lo debe considerar entre

¹³¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 212, número 2.

los elementos de convicción indispensables para acusar¹³² por los delitos de peculado o enriquecimiento ilícito.

La competencia de declarar responsabilidad penal corresponde a los órganos jurisdiccionales de esta área¹³³, en aplicación de los principios de legalidad, jurisdicción, competencia y especialidad¹³⁴ propios de la Función Judicial que en las infracciones de peculado y enriquecimiento ilícito corresponde conocer a los Tribunales de Garantías Penales, Cortes Provinciales y Corte Nacional de Justicia.

7. Los derechos constitucionales en los procesos de predeterminación de determinación de responsabilidades

En el Ecuador con la Constitución de octubre de 2008, iniciamos una nueva era en nuestra vida jurídica, la era del neo-constitucionalismo y juridicidad, del análisis del Derecho sobre la ley, todas las leyes, los reglamentos, los estatutos, en definitiva toda la normativa, constituyen hoy instrumentos auxiliares para la aplicación de los derechos garantizados por la Constitución.

Todos los funcionarios públicos sin excepción están obligados a cambiar su visión para cambiar su comportamiento, si no estamos actualizados con el nuevo texto constitucional no podremos cambiar de visión, únicamente si cambiamos nuestra manera de pensar vamos a cambiar nuestra manera de actuar.

El nuevo diseño jurídico constitucionalista se soporta en una gran estructura: Principios, Reglas y Métodos, entre ellos la ponderación, para hacer efectivos los derechos, pues no tiene otra orientación que el bienestar del ser humano *pro homine*, de allí que resulta de primera importancia al menos describir ciertos principios constitucionales del art. 11 del texto constitucional, precisando que los métodos y las reglas de interpretación constitucional constan en el art. 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Esta estructura de principios, métodos y reglas para la realización de los derechos tiene además otros ingredientes: La interpretación *pro homine* al punto de

¹³² Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Art. 411.

¹³³ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV, “Participación y organización del poder”, cap. cuarto, “Función judicial y justicia indígena”, art. 178, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 35.

¹³⁴ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 544 (9 de marzo 2009), art. 7 y 11.

desarrollar una cláusula abierta en la legislación nacional para provocar la aplicación directa, abierta e inmediata de la legislación internacional para la protección de los derechos¹³⁵

Entonces, ninguna Autoridad, funcionario o servidor público puede abstraerse de esta nueva realidad jurídica, incluida la Contraloría General del Estado, más cuando su propia Ley Orgánica dispone que en las fases de predeterminación y determinación de responsabilidades el personal contralor respetará los derechos y garantías descritas en la Constitución (Artículos: 31.37 y 79 LOCGE).

8. Derecho comparado.

El control administrativo de todo Estado constituye un objetivo de toda Sociedad, en los diferentes ámbitos de su accionar político administrativo. Únicamente a través del ejercicio del control gubernamental es posible tener un diagnóstico del desarrollo de la gestión de un Estado y su ejercicio responde a las realidades socio- económico y políticas muy particulares de cada Estado, remarcando que dicha actividad también está regulada por normas: políticas y técnicas dictadas por las Organizaciones Mundiales, Continentales y Regionales de Control (INTOSAI, OLACEFS, EUROSAI, ETC.)

Esto lo destaca el doctor Víctor Granda Aguilar cuando dice, se va instaurando, a nivel internacional un nuevo modelo globalizado de administración y una nueva cultura de gestión, lo bueno que ocurre en el mundo se impulsa también en el sistema de las Naciones Unidas para favorecer a la vez lo que se denomina una nueva cultura internacional de auditoría y evaluación. Se está forjando, por tanto, un Estado evaluatorio o una “*auditsociety*”. Adicionalmente, existen también de manera activa, a nivel internacional, instancias y agrupaciones de las instituciones fiscalizadoras que ejercen el control a nivel regional y mundial. Así se constituyó, en 1953 en el marco de la ONU, la *International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI)*, que agrupa a las entidades fiscalizadoras superiores (EFS)¹³⁶

¹³⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII y IX, “Relaciones Internacionales”, cap. segundo, “Tratados e instrumentos internacionales”, art. 417, 426 y 427, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 73, 75.

¹³⁶ Víctor Granda Aguilar, “El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas de los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)” (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 8-9.

Sobre este tema revisaremos, aunque de manera muy sucinta, la fiscalización en otros países, con el propósito de analizar las soluciones que se encontraron en otros ámbitos regionales en materia de control administrativo del Estado:

8.1. El control gubernamental en Colombia

El profesor Carlos Hernán Rodríguez, al abordar el tema del control administrativo del Estado en Colombia, se apoya en lo manifestado por el maestro Uriel Alberto Amaya, para manifestar que con la Constitución de 1991, inicia una nueva era del Control Fiscal cuando enriquece el ejercicio del control con instrumentos que permiten medir la eficiencia, eficacia, economía, equidad, valoración de los costos ambientales y, en general, la gestión fiscal del Estado, superándose así la etapa del simple control numérico legal y para ajustar dicho control a los nuevos parámetros constitucionales se dictó la Ley 42 de 1993¹³⁷.

Entre los aspectos más importantes se presenta el abandono definitivo del control Previo, para pasar a un Control Posterior y Selectivo, a través de controles como el financiero, de gestión y de resultados que permiten conceptuar sobre el cumplimiento de los principios fiscales y el Manejo de la Administración Pública, delimitando el accionar de las Contralorías. Aparecen definidos los sistemas de Control Fiscal como el de legalidad, físico, financiero, control de gestión y resultados, evaluación de control interno y valoración de costos ambientales; fundamentados en los principios de eficiencia, eficacia, economía y equidad”¹³⁸.

Según el maestro JORGE HERNÁN BETANCUR los Constituyentes de 1991, luego de un estudio ponderado con base en la experiencia del control previo, perceptivo y posterior de las auditorías de orden nacional, departamental y municipal, concluyeron que el control previo era igual a co-administración: unas veces sana, pero en otras, cómplice de la corrupción administrativa. En otras ocasiones, entorpecían la gestión operativa con graves consecuencias para el desarrollo de los planes y programas de las instituciones públicas. Entonces este control previo era sinónimo de impunidad a razón de que si las auditorías daban su

¹³⁷ Carlos Rodríguez Becerra, *La Gestión, el Control y la Responsabilidad Fiscal de la Administración Pública en Colombia*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 65.

¹³⁸ *Ibíd.*; 65-66.

visto bueno previamente y se producía un mal manejo de los bienes del Estado después no habría lugar a reclamación posterior por parte de ésta.¹³⁹

La constitución colombiana a partir del artículo 267 desarrolla en forma amplia su complejo sistema de control fiscal del Estado, señalando que constituye una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. En casos especiales, actuaran empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial. El Contralor será elegido por el Congreso en pleno para un período igual al del Presidente de la República, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo.

Quien haya ejercido este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones. No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

El artículo 268 del texto constitucional colombiano describe las atribuciones del Contralor General de manera muy detallada, entre las que se destaca, la facultad para prescribir los métodos y la forma de rendir cuentas los responsables del manejo de los fondos o bienes del Estado e indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados a seguirse (gestión con indicadores), de establecer responsabilidades que se deriven de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso y promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias.

La Contraloría, bajo su responsabilidad podrá exigir, la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos penales o disciplinarios. Asimismo, consta entre sus atribuciones, designar a su

¹³⁹ Ibíd.; 67

personal previo concurso, dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial y presentar a la Cámara de Representantes la Cuenta General de Presupuesto y del Tesoro y certificar el balance de la Hacienda presentado al Congreso por el Contador General. Los resultados de las indagaciones preliminares adelantadas por la Contraloría tendrán valor probatorio.

De otra parte, el artículo 272, dispone que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. Igualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.

Otro rasgo muy importante del control fiscal en Colombia lo describe el artículo 274, cuando ordena que la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República y las restantes esté a cargo de un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia. La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.¹⁴⁰

8.2. El Control Gubernamental en Los Estados Unidos de México:

El 22 de octubre de 1814 se emitió el Decreto Constitucional para la Libertad mexicana, conocido como la Constitución de Apatzingán, en cuyo texto consta el primer antecedente constitucional sobre la facultad de examinar y aprobar la cuenta pública por parte de un órgano distinto e independiente del Poder Ejecutivo, en el Capítulo VIII, artículo 114, se establece lo siguiente: “...Al Supremo Congreso pertenecen exclusivamente...Examinar y aprobar las cuentas de recaudación e inversión de la Hacienda Pública..”. Desde esa primera Constitución, todas las leyes

¹⁴⁰ Congreso Nacional de Colombia, “Constitución Política de Colombia 1991”, Political Database of the Americas, 08 noviembre 2015, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>>

fundamentales de la República hasta la actual, encargan a los órganos de representación popular la aprobación del ejercicio del gasto público¹⁴¹

El control externo de la administración pública corresponde al Congreso de la Unión desde que nació México como república. Para ejercer este control el Poder Legislativo específicamente la Cámara de Diputados, contó con un órgano técnico que era la Contaduría Mayor de Hacienda, creada en 1824, que fue sustituida desde el año de 1999 por la actual Auditoría Superior de la Federación. Por otra parte, el control interno del Ejecutivo Federal ha estado en diferentes instancias a través de la historia, a partir de 1995 está a cargo de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo (SECODAM).¹⁴²

Existe una enorme variedad de normas en materia de control. Esto se explica porque en México se cuenta con una administración pública federal, estatal y municipal. Cada nivel de gobierno establece sus propias normas en la materia.¹⁴³ En tal virtud, el presente estudio se limitará a revisar únicamente las normas constitucionales de la Federación.

La constitución de los Estados Unidos Mexicanos describe en forma muy amplia la actividad del control administrativo a partir del artículo 79, señala que la Auditoría Superior de la Federación de la Cámara de Diputados es el ente de control superior con autonomía técnica y de gestión y que tendrá entre sus funciones:

I. Fiscalizar en forma posterior los ingresos, egresos y deuda; las garantías que otorgue el Gobierno Federal respecto a empréstitos de los Estados y Municipios; el manejo, la custodia y la aplicación de fondos y recursos de los Poderes de la Unión y de los entes públicos federales, así como realizar auditorías sobre el desempeño en el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas federales.

También fiscalizará directamente los recursos federales que administren o ejerzan los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales. En los términos que establezca la ley fiscalizará, en coordinación con las entidades locales de fiscalización o de manera

¹⁴¹ Manuel Solares Mendiola, *La auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 28-29.

¹⁴² Manuel Solares Mendiola, *La Auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 23-24.

¹⁴³ Daniel Márquez, *Función Jurídica de Control de la Administración Pública*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005), 71-72.

directa, las participaciones federales. En el caso de los Estados y los Municipios cuyos empréstitos cuenten con la garantía de la Federación, fiscalizará el destino y ejercicio de los recursos correspondientes que hayan realizado los gobiernos locales.

Asimismo, fiscalizará los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, públicos y privados, o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero.

II. La Auditoría Superior de la Federación deberá entregar a la Cámara de Diputados, un informe sobre la situación que guardan las observaciones, recomendaciones y acciones promovidas, correspondientes a cada uno de los informes individuales de auditoría que haya presentado en los términos de esta fracción, en el que incluirá los montos efectivamente resarcidos, como consecuencia de sus acciones de fiscalización, las denuncias penales presentadas y los procedimientos iniciados ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

La Cámara de Diputados designará al titular de la Auditoría Superior de la Federación por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes. Dicho titular durará en su encargo ocho años y podrá ser nombrado nuevamente por una sola vez. Podrá ser removido, exclusivamente, por las causas graves que la ley señale, con la misma votación requerida para su nombramiento, o por las causas determinadas en la constitución.

Asimismo, será el órgano competente para imponer las sanciones a los servidores públicos por las responsabilidades administrativas que la ley determine como graves y a los particulares que participen en actos vinculados con dichas responsabilidades, así como fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Federal o al patrimonio de los entes públicos federales.

Al concluir el presente estudio comparado, tenemos las siguientes reflexiones:

Dos de los paradigmas del Estado democrático ideado por los franceses son “transparencia” y “rendición de cuentas”; el primero remite a la obligación de informar, y el segundo corresponde a la responsabilidad de los agentes públicos de dar cuenta de su gestión. La rendición de cuentas es un paradigma de la Revolución

Francesa, puesto desde 1789 según se incorpora en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Así mismo se destaca la creación de los franceses del órgano encargado de la rendición de cuentas *Cour des Comptes* y del Estado Liberal caracterizado por la división del poder: ejecutivo, legislativo y judicial¹⁴⁴.

Desde mi particular punto de vista, considero que los modelos jurídicos de México, Colombia y Ecuador tuvieron directa influencia de la familia jurídica germano romano, en la época de la colonia prácticamente fue un trasplante de la Corona española a nuestras legislaciones. Tendencia que, en lo relacionado al control administrativo del Estado, fue evolucionando acorde a las necesidades de cada uno de nuestros pueblos.

Tanto en México como en Colombia el control previo, conforme la normativa que dejamos expuesta, está bajo la jurisdicción y competencia del Ejecutivo a diferencia del caso ecuatoriano que se encuentra dentro de un solo sistema de control gubernamental que incluye el control interno y externo a cargo del Contralor General del Estado como función independiente.

Tanto en México como en Colombia la facultad normativa de control está a cargo de los distintos Entes de Control a diferencia del caso ecuatoriano cuya facultad normativa está centralizada en la Contraloría General del Estado.

Asimismo, en México y en Colombia la actividad de control se limita a presentar informes sobre la razonabilidad de las actuaciones de la administración no determina responsabilidades directamente, excepto las administrativas. En cambio, en el caso ecuatoriano, la Contraloría General del Estado presenta informes sobre la razonabilidad de las actuaciones administrativas y además determina responsabilidades directamente.

De otra parte, en México el control interno está dirigido por el poder ejecutivo y el control externo por el poder Legislativo a través de la Auditoría Superior de la Federación. Ente de Control que depende orgánicamente de la Cámara de Diputados pero no funcionalmente, más que un órgano técnico debemos considerar que estamos frente a un órgano constitucional autónomo.¹⁴⁵ En cambio, en Colombia y Ecuador si bien los Contralores Generales son elegidos por el Poder

¹⁴⁴ Santiago Nieto y Yamile Medina Pérez, *Control Externo y Responsabilidad de los Servidores Públicos del Distrito Federal* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 8-9.

¹⁴⁵ Manuel Solares Mendiola, *La Auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004), 211.

Legislativo no pertenecen orgánicamente a dicho poder, son Entes de Control totalmente autónomos.

En Colombia existe mayor desconcentración en la designación y ejercicio de las autoridades de control locales, porque son elegidas por cada Distrito, Departamento o Municipio de ternas enviadas por las Cortes de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo; a diferencia del sistema ecuatoriano cuyas autoridades de control provinciales y regionales son designadas por el Contralor General del Estado, así como todos los auditores internos de todas las instituciones del Sector Público, evidenciándose que la designación obedece a la voluntad exclusiva del titular de dicho Órgano de Control. De otra parte, las actuaciones de la función de vigilancia está controlada por un auditor designado por el Consejo de Estado, lo cual permite el control de la actividad de control a efectos de evitar las arbitrariedades.

En México la Auditoría Superior presenta a la Función Legislativa un informe separado del conjunto de observaciones y recomendaciones dictadas por este Ente de Control como consecuencia del control que ejerce, así como el monto de las recaudaciones, con el propósito de que se evalúe su pertinencia, objetividad y eficacia de sus actuaciones. A diferencia de lo que ocurre en Ecuador donde ningún Ente Estatal evalúa el contenido de las recomendaciones dictadas por la Contraloría.

En el presente capítulo, se deja puntualizado que en la época colonial en nuestra Región no existió control administrativo del Estado en la forma conocida en tiempos actuales, únicamente existía la fiscalización de las recaudaciones cuyo destino era para los Reyes de aquella época característico del Estado Monárquico. El pueblo no podía pedir el rendimiento de cuentas, al rey se lo consideraba un enviado de Dios y por tanto inimputable frente a la Ley.

De otra parte, se desarrolla un estudio de la evolución histórica del control administrativo del Estado en el Ecuador, sus más importantes reformas en los órdenes jurídicos, políticos y económico-financieros. Los esfuerzos de la Sociedad ecuatoriana y sus gobernantes para que los recursos públicos sean manejados en forma eficiente, efectiva y económica y para combatir la corrupción y superar las distintas crisis económicas y morales que hemos atravesado a lo largo de nuestra historia, desde la ley Orgánica de Hacienda y sus múltiples reformas hasta llegar a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control y con posterioridad a la actual Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Además, se precisa que el enfoque de la responsabilidad tiene distintos matices, desde una garantía del ciudadano y del Estado como factor preventivo para que los agentes públicos eviten actuar en forma irregular, hasta condición o capacidad de responder por sus acciones u omisiones en el desempeño de actividades públicas y privadas, concluimos que si una persona es sujeto de responsabilidad es sujeto de control. Para los efectos de nuestro estudio, para que alguien sea sujeto de control previamente debe haber desempeñado una función pública o relacionada con esta para ser considerada sujeto de responsabilidad. En este sentido, la constitución de la república, no trae una definición de responsabilidad como cualidad o capacidad de una persona sino como una valoración subjetiva que nace y es consecuencia de una actividad pública, cuando señala que no existe funcionario público exento de responsabilidades por sus acciones u omisiones realizadas en el ejercicio de sus funciones públicas y serán responsables administrativa, civil y penalmente.

Del análisis prolijo y pormenorizado de los diferentes tipos de responsabilidad podemos concluir que cada uno de ellos tiene su propio procedimiento y su determinación varía por la forma en que fueron realizadas las actuaciones administrativas y por el bien jurídico y patrimonial protegido. Así, la responsabilidad administrativa, es el simple incumplimiento de la norma, sin perjuicio económico; la responsabilidad civil, es el incumplimiento de la normas, perjuicio económico en contra del caudal público más una conducta negligente o culposa; los indicios de responsabilidad penal, es el incumplimiento de la normas, perjuicio económico en contra del caudal público más una conducta dolosa.

Al concluir el Capítulo, donde hemos abordado la evolución histórica del control administrativo en el Estado ecuatoriano, el análisis doctrinario de las responsabilidades y su determinación, en sus modalidades y procedimientos propios, las implicaciones doctrinarias y constitucionales en el proceso de determinación de responsabilidades, la revisión comparada de las modalidades y normativa del control gubernamental con otros países de la región, nos aprestamos en el siguiente capítulo, al estudio detallado de los efectos jurídicos del silencio administrativo en la determinación de responsabilidades administrativas, partiendo del análisis del procedimiento de predeterminación y determinación de responsabilidades como consecuencia del control gubernamental acorde a nuestro ordenamiento jurídico, sus reformas, para luego incursionar en el estudio de las figuras jurídicas de la competencia, caducidad y silencio administrativo, concluyendo con el estudio

individualizado de la determinación de responsabilidades administrativas que incluye el análisis comparado con la legislación mexicana.

Capítulo tres

Los efectos jurídicos del silencio administrativo en la determinación de responsabilidades administrativas

En este capítulo se inicia la investigación con el análisis del proceso de predeterminación y determinación responsabilidades de manera general, desde la orden de trabajo hasta la determinación de responsabilidades, los plazos y términos establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría, la caducidad como efecto jurídico por la falta de pronunciamiento.

También se analizan las figuras jurídicas de la competencia, caducidad y silencio administrativo en sus diferentes formas, así como sus consecuencias legales, la nulidad y la anulabilidad de los actos administrativos, el procedimiento contencioso administrativo del silencio administrativo positivo desde la perspectiva del nuevo Código Orgánico General de Procesos.

Por otra parte, se desarrolla un estudio pormenorizado del proceso específico de determinación de la responsabilidad administrativa como consecuencia del ejercicio del control gubernamental, desde la visión constitucional y legal.

1. Procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas

Para cualquiera de las formas o tipos de determinación de responsabilidades, dentro de las actividades de control la orden de trabajo librada produce efectos jurídicos trascendentes, conforme el glosario de términos utilizados en el control gubernamental, la orden de trabajo es la acción de disponer la ejecución de un determinado trabajo de auditoría precisando con exactitud el alcance y el resultado que se espera de la labor realizada¹⁴⁶. A su vez, según las normas ecuatorianas de auditoría gubernamental, debe contener: La fecha de emisión, la identificación de la institución examinada, el objetivo del examen, el alcance o período a ser examinado, el tiempo determinado para el trabajo, nombres y apellidos del personal de auditoría,

¹⁴⁶ Glosario de términos utilizados en el control gubernamental

anuncio de que los resultados obtenidos serán presentados mediante el informe correspondiente.¹⁴⁷

La fecha que conste en la orden de trabajo para los efectos jurídicos del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es de primera importancia por cuanto la citada disposición legal señala que desde la emisión de la orden de trabajo hasta la aprobación del informe no podrá exceder un año. Sin lugar a dudas este elemento de análisis es el primero para considerar la caducidad administrativa, pues existen una gran cantidad de informes de auditoría que son aprobados fuera de este plazo.

En el Registro Oficial 180 publicado el 10 de febrero de 2014 se promulgó el Código Orgánico Integral Penal, en cuyo artículo 581, inciso final, se establece que para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado¹⁴⁸ y la disposición transitoria décima segunda del mismo cuerpo legal, nos trae una reforma al artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, orientada a disminuir el plazo de un año a ciento ochenta días de plazo para tramitar los informes que se contarán desde la fecha de la orden de trabajo hasta la aprobación del informe, cuestión por decir lo menos contraria a la técnica jurídica, en razón de que técnicamente una ley penal no podría reformar una ley eminentemente administrativa.

Con posterioridad, este mismo artículo 26, vuelve a ser reformado, mediante Ley reformativa sin número del Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial 598-3S de 30 de septiembre de 2015, en cuanto al tiempo de aprobación, en el sentido de que los ciento ochenta días para tramitar los informes se contarán como término y no como plazo. Además, el artículo 13 de la citada Ley Reformativa, siendo anti técnica e inconstitucional como dejamos manifestado, llena un vacío de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuando señala que los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de

¹⁴⁷ Contraloría general del estado, “Normas ecuatorianas de auditoría gubernamental”, *Contraloría general del estado*, enero de 2016, <<http://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/neag-fin.pdf>>

¹⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento, No. 180* (Quito, 10 de febrero de 2014).

treinta días y serán enviados a las máximas autoridades de las Instituciones del Estado examinadas de manera inmediata¹⁴⁹.

En esta línea de pensamiento se tiene que no todos los informes tramitados y aprobados (Ecuador, Código Orgánico de Interacción Penal, Suplemento Registro Oficial 180 2014) por la Contraloría General del Estado se relacionan con la materia penal, como se manifestó anteriormente, el propósito del control administrativo del Estado no es el de encontrar indicios de responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad contralora, puesto que el sistema del control administrativo del Estado ni la auditoría gubernamental tienen carácter jurisdiccional, al contrario obedecen a principios de derecho público y administrativo que tienen como propósito la evaluación de eficacia, eficiencia y calidad del servicio a la colectividad en procura del buen vivir que se expresa en la cantidad y calidad de servicios públicos accesibles a la población y, conforme ha sido explicado, la potestad de determinar responsabilidades administrativas, civiles e indicios penales, constituyen complemento de la facultad correctiva del sistema de control administrativo, en ningún caso su fin. Por lo tanto, técnicamente resulta incomprensible que una ley penal regule el procedimiento administrativo de la Contraloría General del Estado.

Superado este término de 180 días la Contraloría General del Estado pierde competencia para pronunciarse, se produce la caducidad administrativa por el simple decurso del tiempo, siempre teniendo en cuenta que este fenómeno jurídico se produce cuando se ha iniciado la actividad de control y el Órgano Contralor no se ha pronunciado. Pero cuando no ha iniciado ninguna actividad de control debemos tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 71 la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el sentido de que la facultad para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.

Es importante dejar establecido que la palabra “actos” debe ser interpretada en sentido de “actuación, ejercicio o desempeño” de las personas sujetas al control de la Contraloría General del Estado, pero no como acto administrativo, pues este en concordancia con la doctrina y técnica jurídica se estructura con elementos objetivos y subjetivos que serán analizados más adelante.

¹⁴⁹ Ecuador, Reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. *Registro Oficial* 598-3S, (Quito, 30 de septiembre de 2015).

De otra parte, se producirá la caducidad de la facultad para resolver los recursos de revisión de una resolución original, o de reconsideración de una orden de reintegro, cuando hubiere transcurrido un año desde la notificación de la providencia respectiva y no se hubiere expedido la resolución que resuelva los recursos¹⁵⁰.

Con la contestación a la glosa civil o administrativa se inicia la etapa determinadora en la misma que corren los términos y plazos establecidos en la ley, siempre dependiendo del tipo de responsabilidades en cuestión. Así, para la predeterminación administrativa se tiene treinta días plazo para contestar la resolución de predeterminación (Art.48), para la predeterminación civil 60 días plazo (Art.53, numeral 1).

Es de señalar que mediante acuerdo 004-CG-2016, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 696 de 22 de febrero de 2016, la Contraloría General del Estado expide el Reglamento de Responsabilidades, que sustituye al anterior y todas sus reformas posteriores, en cuyo artículo 28 se establece la posibilidad de proponer recurso de revisión frente a una resolución que determine responsabilidad administrativa, cuestión que si bien está en contradicción con el artículo 60 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tiene plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución de la República, que incorpora entre las garantías básicas del debido proceso: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decide sobre sus derechos.”, pues una norma de carácter superior se impone a una inferior por mandato constitucional.¹⁵¹ En este punto caben varias precisiones jurídicas, el principio de jerarquía de normas tiene siempre un solo efecto: si se lo observa desde el punto de vista de la norma superior, el hecho de su expedición tiene efecto invalidante de la norma inferior si la contradice; si se la observa desde el punto de vista de la dictación de norma inferior significa que es invalida por la contradicción a la norma superior¹⁵²

Las reformas de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de 23 de agosto de 2004, determinan la obligación de este Ente de Control de pronunciarse

¹⁵⁰ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], art. 71, inc. 2, Caducidad y Prescripción, (Quito: 12 de junio de 2002): 43.

¹⁵¹ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Función legislativa”, art. 11 y 425, ([Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008): 25.

¹⁵² Jorge Zavala Egas. *El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico* (Ecuador: Corporación de Estudios para el Desarrollo, 1994.) 52-53

en un plazo no mayor de tres años, respecto de la declaración patrimonial juramentada en los casos de los ciudadanos elegidos por votación popular, presentada al término de sus funciones¹⁵³. Lo cual se relaciona con la obligación constitucional descrita en el artículo 122 de la Constitución anterior y 231 de la actual.

De otro lado, la Ley de la Contraloría también utilizada en su texto la figura de la prescripción del cobro de las obligaciones, así el artículo 73 de dicha Ley dispone que las obligaciones nacidas de responsabilidades civiles culposas, prescribirán en diez años contados desde la fecha en que la determinación confirmatoria se hubiere ejecutoriado y será declarada por el Contralor General, de oficio o a petición de parte, pero nada dice en torno a las órdenes de reintegro y a las responsabilidades administrativas.

Con los antecedentes expuestos, que se resumen en los efectos jurídicos de caducidad y pérdida de competencia ocasionados por la conducta omisiva de la Contraloría General del Estado en la determinación de responsabilidades administrativas en la que no opera la denegación tácita. En este contexto, se producen dos fenómenos muy recurrentes en el Ente Contralor: El primero, que los funcionarios de la Contraloría se pronuncian en forma posterior al plazo determinado en la ley, alegando denegación tácita, lo cual provoca la caducidad de la acción y la incompetencia de la Autoridad; y, el segundo, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo. Fenómenos jurídicos que los revisamos con detenimiento en las líneas que siguen.

También revisaremos la nueva teoría de la caducidad sobre el derecho y garantía a la igualdad de las partes rompe el esquema tradicional en el sentido de que la pérdida del derecho a accionar era exclusivamente del administrado para trascender a la aplicación efectiva del derecho a la igualdad, el derecho se lo ejerce tanto por la falta de acción de la administración como del administrado.¹⁵⁴

2. La competencia administrativa:

Enrique Carpizo señala que la competencia es la facultad que tiene determinado órgano jurisdiccional o del Estado para conocer o resolver una

¹⁵³ Ecuador, Reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. *Registro Oficial* 404, (Quito, 23 de agosto de 2004).

¹⁵⁴ Miriam Ivanega. *Cuestiones de Potestad Disciplinaria y Derecho de Defensa*, (Buenos Aires: Ediciones Rap, 2013), 190.

controversia de acuerdo a la materia, la cuantía y el lugar en que surge. Otro criterio para fijarla es que alude a cada una de las facultades que la Ley dispone como parte de las obligaciones de una instancia o ente de gobierno.¹⁵⁵

Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes establecen que entendida la competencia como la habilitación o idoneidad que la norma confiere a cierta autoridad para desempeñar determinada función, viene a ser una medida de la potestad estatal a ser considerada en dos aspectos:

Objetiva como el conjunto de facultades atribuidas en abstracto a un ente específico; y, subjetiva, como la voluntad de la persona titular del órgano.

La competencia objetiva es un conjunto de facultades conferida a la administración, siendo al propio tiempo, una obligación y un límite a su actuación. Es así, que existen conceptos jurídicos recíprocos, tales como los derechos que somos titulares las personas y la competencia que corresponde a los órganos de Estado.¹⁵⁶

Para Gabino Fraga la competencia en Derecho Administrativo tiene una significación idéntica a la capacidad en Derecho Privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada una de los órganos de la administración.¹⁵⁷ Entre las diferencias, la competencia administrativa requiere siempre un texto expreso de la ley para que pueda existir mientras en el Derecho Privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción en el Derecho Administrativo rige el principio inverso; es decir, que la competencia debe justificarse expresamente en cada caso. Como segunda diferencia, la competencia administrativa es obligatoria, en cambio la privada queda al arbitrio del particular. La explicación de esta característica radica en que la competencia se otorga para que los órganos puedan cumplir las atribuciones entregadas por el Estado, es decir, para que puedan dar satisfacción a las necesidades colectivas; por el contrario, la competencia privada está en manos del particular y de su propia voluntad.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Enrique Carpizo, *Diccionario Práctico de Justicia Constitucional* (México: Editorial Porrúa, 2012) 30.

¹⁵⁶ Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, *La Nulidad de los Actos Administrativos*. (México: Editorial Porrúa, 2015) 293 – 294.

¹⁵⁷ Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*. (México: Porrúa, 2012) 265

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 265.

La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. Establece que el acto administrativo debe emanar de órgano competente, que ejerza las atribuciones conferidas por el ordenamiento jurídico en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado. Al referirse al tiempo señala que comprende el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función. En principio, la competencia es permanente, porque el órgano puede ejercer en cualquier momento las atribuciones que le han sido conferidas. Sin embargo, en ciertos casos el órgano puede ejercer la atribución sólo en un lapso determinado.¹⁵⁹

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo. Al referirse a la competencia en razón del tiempo, se refiere a los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado.¹⁶⁰

La competencia es una circunstancia o calidad del ente público que la tiene atribuida y que consiste en la titularidad de los intereses públicos que debe preservar y conseguir: salud, seguridad, educación, etc., además de las potestades públicas conferidas para conseguir la satisfacción de esos intereses. Esa serie de potestades públicas ejercitables demarca un complejo de funciones a desarrollarse o ejercitarse. Se trata de una cantidad de tareas que deben ejecutar. Por ello afirmamos que la competencia es la medida cuantitativa de poder jurídico que corresponde a un órgano administrativo determinado.¹⁶¹

El artículo 84 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva lo define de esta manera: La competencia es la medida de potestad que corresponde a cada órgano administrativo.

Los criterios de distribución de la competencia administrativa son: a) La materia, estos son, los intereses públicos que deben satisfacerse: salud, educación, transporte, etc.; b) El territorio, que determina el lugar donde puede y debe actuar el órgano atribuido de potestades públicas; a nivel nacional, provincial, municipal,

¹⁵⁹ Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Hispana Libros, 2015), 447-450.

¹⁶⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011), VIII-33.

¹⁶¹ Jorge Zavala Egas. *Lecciones de Derecho Administrativo*, (Guayaquil: Edilex, 2011) 458-459.

parroquial y, c) El tiempo, es decir, el lapso durante el cual es válido el ejercicio de la competencia.¹⁶²

El artículo 85 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, establece las razones de la competencia de la siguiente manera:

La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados;

El territorio dentro del cual puede ejercerse legítimamente dicha competencia; y, el tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

El maestro Patricio Secaira Durango al referirse al tema en estudio dice que existen varias clases de competencias públicas: En razón del grado, del territorio, de la materia, del tiempo y del monto, definiéndolas a cada una de ellas de manera muy apropiada.

2.1. En razón del grado

La cual se relaciona con la jerarquía que ocupa el órgano o la persona dentro del aparato administrativo. De modo que la ley se encarga siempre de establecer cuál será el órgano administrativo con aptitud jurídica para emitir la voluntad pública, sin que el superior pueda tomar a su arbitrio las que competen al inferior y ésta las de aquél. No puede descuidarse que la administración pública es jerarquizada o vertical, cada órgano público ocupa un espacio en esa relación supra o subordinación orgánica.

2.2. En razón del territorio

Referente a la circunscripción geográfica, física dentro de la cual el órgano público puede actuar, es decir, puede ser nacional, regional, provincial, cantonal o parroquial, según sea el ámbito en el que se desenvuelve su actividad el órgano público.

¹⁶² Ibid., 459

2.3. En razón de la materia

Competencia que se percibe claramente por la clase de asunto, por el objeto mismo de conocimiento y decisión administrativa, está definido por la propia norma, la cual es la que determina cuál es la actividad o cuáles son los deberes de cada órgano administrativo.

2.4. En razón del tiempo

Competencia que asigna idoneidad al órgano público para que conozca y resuelva los asuntos que le están atribuidos solo dentro del período previamente fijado en la ley; lo cual significa que toda resolución expedida fuera de ese lapso, se la realiza cuando esa competencia ha precluido. Preclusión que torna incompetente al órgano público, ya que el derecho a decidir término. Esta competencia se relaciona con el caso específico puesto en conocimiento de la administración; no afecta entonces a la capacidad para el conocimiento general de los casos, la misma que consta en la ley; es decir, el hecho de que la autoridad haya perdido competencia para conocer un caso, en razón del tiempo, no significa la pérdida de la competencia de manera general del órgano público pues ello significaría una tácita derogatoria de la norma jurídica que le atribuye competencia al órgano.

2.5. En razón del monto

Esta es una especie de competencia por medio de la cual los órganos públicos, están en capacidad para decidir todas aquellas operaciones de carácter económico que corresponden a la entidad, en razón de la cuantía de dicha operación. Así un jefe departamental puede decidir una compra, siempre que esté dentro del margen debidamente autorizado; pues si la operación económico administrativa sobrepasa esa cifra, corresponderá la decisión a una autoridad jerárquicamente superior.¹⁶³

Continuando con el análisis de las clases de competencias públicas, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández dicen que en un órgano deben

¹⁶³ Patricio Secaira Durango, *Derecho Administrativo*, (Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2008), 127 y 128.

confluir todos los criterios de competencia (material, territorial, temporal) para que, en ejercicio de la misma, pueda dictar válidamente el acto administrativo que dicha competencia autorice. Veremos que cuando no se observan tales criterios se incurre en un vicio legal, que afecta a la validez del acto (el vicio de incompetencia)¹⁶⁴

Gustavo Penagos sostiene que hubiera sido más lógico que se considerara al silencio administrativo como causal de pérdida de competencia en aras de que el juez decidiera sin mayor controversia el asunto, de esta forma se evitarían demoras en la resolución del mismo. De otra parte, es inconcebible que el silencio administrativo sea un acto administrativo, por cuanto el mismo no es una decisión, además no tiene los componentes propios del acto administrativo, esto es, órgano competente, voluntad administrativa, contenido y fin.¹⁶⁵

3. La Caducidad.

Jorge Figueroa Cacho al referirse a la caducidad señala que es una institución de orden público, habida cuenta que es irrenunciable, se analiza de oficio, opera de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo y no se convalida ni aun cuando se promoviera o se actuara una vez consumada. En su estudio cita a don Eduardo Pallares, quien al referirse a la caducidad señala que opera de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. Esto quiere decir que la caducidad se produce y se debe considerar existente, aun cuando no haya sido solicitada su declaración. Esta ahí oculta, viciando y nulificando el proceso, el que sólo tiene una existencia aparente y material, pero ya ha sido herido de muerte por la inactividad. También se infieren del principio de que opera de pleno derecho, consecuencias importantes como: 1. La actuación del órgano judicial o las promociones posteriores a la caducidad, no tienen el efecto de revivir un ser que ya está muerto. En este caso, la revalidación no es posible, y la ley no autoriza el milagro de la resurrección jurídica.¹⁶⁶

Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, al referirse a la caducidad citan fallos de los Tribunales Colegiados de Circuito Mexicanos, señalando que la razón

¹⁶⁴ Eduardo García De Enterría y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. (Bogotá: Temis, 2008), 532.

¹⁶⁵ Gustavo Penagos, *El silencio administrativo*, (Bogotá: Doctrina y Ley Limitada, 2013), 4.

¹⁶⁶ Jorge Figueroa Cacho, *La caducidad de la Instancia*, (México: Porrúa, 2013), 11-12.

de ser de la caducidad es dar certeza jurídica y puntualizar la eficacia de un procedimiento en cuanto al tiempo para no dejar abierta la posibilidad de que las autoridades actúen o dejen de hacerlo a su arbitrio, sino, por el contrario, observen y atiendan puntualmente las reglas que establecen cuando nace y cuando concluye una facultad, para no generar incertidumbre y arbitrariedad.¹⁶⁷

Álvaro Mejía Salazar al referirse a la caducidad se apoya en la definición que hace sobre la misma Juan Carlos Mogrovejo definiéndola a la caducidad como la figura que se verifica en la pérdida o en el agotamiento de facultades o derechos no ejercidos en un tiempo establecido, que trasladada al derecho público, y en particular al tributario, implica la inhabilitación para el ejercicio de la facultad determinadora de la obligación tributaria a cargo de la administración. Agrega el maestro Mejía que Dino Jarach expresa que los deberes y facultades del fisco están limitados en el tiempo y termina cuando el periodo establecido por la ley se halle cumplido. La limitación en el tiempo de las facultades del fisco responde a un principio de orden público, operando esta extinción de pleno derecho; de ahí que, si se han extinguido las acciones y facultades del fisco, tendientes a la determinación de los impuestos, también prescribe la deuda tributaria y el derecho creditorio del Estado.¹⁶⁸

Miriam Ivanega señala que entender que la caducidad de la instancia encuentra justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no puede impedir un pronunciamiento sobre el fondo del caso. La demora injustificada en la tramitación sólo puede derivar en la responsabilidad del instructor, pero no la caducidad, es un instituto que, conforme a la Ley procede en los procedimientos en los cuales no rige como regla el principio de oficialidad, es decir, en aquellos cuya sustanciación depende del impulso de los administrados. Agrega que el profesor Comadira, al pronunciarse sobre la caducidad ha señalado que, no resulta dudoso que “el interés público aparece comprometido cuando se imputa a un agente de la administración el incumplimiento de sus deberes funcionales, motivo por el cual el instituto de la

¹⁶⁷ Jean Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, *La nulidad de los actos administrativos*. (México: Porrúa, 2015), 191-192. Regtos: 184,210 /Jurisprudencia/Materia(s): Administrativa/Novena Época/Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito/Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta/Tomo XVII, Junio de 2003/Pág. 679/Tesis I. 4º.A. J/24

¹⁶⁸ Álvaro Mejía Salazar, *Diccionario Derecho Tributario*, (Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 43-44.

caducidad es incompatible con los valores involucrados en la investigación administrativa.”¹⁶⁹

Concluye la maestra Ivanega manifestando que, sin embargo de ello, el ejercicio de una potestad y la necesidad de preservarla no pueden contrariar los derechos de los agentes, ni el propio interés público que esta tras las investigaciones administrativas.¹⁷⁰ A pesar de la conclusión expuesta por la maestra Ivanega, conviene acotar que nada tiene que ver la potestad estatal con su ejercicio reglado y no discrecional que gira sobre el principio de legalidad, son cosas muy diferentes. La potestad estatal se impone sobre el beneficio colectivo, pero no sobre el marco jurídico, de protección de derechos, que es su límite, ante la ley el poder se subordina. Por tanto, la Sociedad demanda y exige una administración pública de calidad, eficiente, ágil y oportuna. En suma, el instituto de la caducidad constituye una herramienta jurídica de interés público que hace posible la efectivización de los derechos de los ciudadanos.

El Derecho siempre ha mostrado su preocupación por otorgar un efecto jurídico a la abstención de pronunciamiento o de la manifestación de voluntad que pueden darse en las relaciones jurídicas. Esto se justifica por la necesidad de evitar la incertidumbre en las relaciones y situaciones jurídicas y de defender los derechos subjetivos.¹⁷¹

Nelson y María Eugenia López, al referirse a la caducidad en materia contencioso administrativa indican que en el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción (caducidad) del derecho de ejercer la acción, el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término inadmitirá la demanda según lo dispuesto en el artículo 307 del Código Orgánico General de Procesos¹⁷². Dicha disposición legal se refiere a la prescripción más no a la caducidad y por otra parte resulta incompleta pues no se refiere a la caducidad provocada por la administración, que en la

¹⁶⁹ Miriam Ivanega. *Cuestiones de Potestad Disciplinaria y Derecho de Defensa*, (Buenos Aires: Ediciones Rap, 2013) 189-190.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, 190

¹⁷¹ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, (Ecuador: Abya-Yala, 2007), 228.

¹⁷² López Jácome, Nelson y López Pozo, María. *Guía de Procedimiento Oral Contencioso Administrativo*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2016), 147 y 148.

cotidianidad es más común de lo que parece, contrariando derechos subjetivos inherentes al ser humano, siendo por tanto la norma legal citada inconstitucional.

Frente a este escenario, cabe emprender en el estudio de las diferencias sustanciales entre la caducidad y la prescripción administrativa, así como la doble dimensión de la caducidad de cara al interés público y a los derechos objetivos y subjetivos de los ciudadanos, lo cual en la práctica genera muchas confusiones y distorsiones en la interpretación jurídica.

La línea jurisprudencial del Ecuador no ha podido establecer grandes diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, caducidad y prescripción, así Nelson y María Eugenia López, se refieren en su estudio al fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Ex Corte Suprema de Justicia de 20 de noviembre de 2001, publicado en la Gaceta Judicial, Año CII, serie XVII, No. 7, Página 2193:

... a fin de evitar una incertidumbre continua en la vida administrativa, es que se fijan términos perentorios más allá de los cuales el interés del particular no puede hacerse valer, no es más conocido. Concordante con lo anterior, hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del tiempo que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. La caducidad opera de manera automática, es decir “ipso jure”, sin que fuese necesario, como en tratándose de la prescripción, que se alegue por la persona a quien favorece, para que sea declarada, caducidad que por ser de orden público no admite suspensión por causa alguna, por lo que esto opera inexorablemente por el solo transcurso del tiempo...¹⁷³

El doctor Galo Espinosa al referirse a la caducidad y a la prescripción, se apoya en los fallos dictados por la Sala Única del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 13 de septiembre de 1968 y 20 de febrero de 1970, dentro de los juicios: José Enrique Cárdenas, Alcalde de Ambato y Pedro Boloña Rodríguez, Ministro de Agricultura y Ganadería, señalando:

No son iguales el concepto de prescripción extintiva con el de caducidad, pues las diferencias entre uno y otro son sensibles y evidentes, aunque la extinción de las acciones por el transcurso del tiempo puede efectuarse por prescripción o por caducidad. Al efecto, cabe advertir que los derechos no prescriben, sino que caducan por el transcurso del tiempo, que para determinados casos establece la ley, y que lo susceptible de prescripción es la acción, y que, si un derecho no ha caducado, es obvio que tampoco, respecto de él, se ha operado la prescripción de la acción.

¹⁷³ Nelson López Jácome y María López Pozo, *Guía de Procedimiento Oral Contencioso Administrativo*, 147.

Además de este fallo el Doctor Espinosa incorpora otros fallos dictados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por la primera sala de 25 de enero de 1974; y, la segunda sala de 4 de febrero de 1982, dentro de los juicios: Antonio Cattani Luzuriaga, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y Walter Muzzio Dávila, Consejo Provincial del Guayas, de gran relevancia para los efectos del presente estudio:

El que tiene un derecho puede a su voluntad ejercerlo o defenderlo, pero su negligencia en promover su ejercicio o defensa ante los tribunales de justicia, o fuera de ellos, puede ocasionar la extinción del derecho, así como de la acción judicial que le da la ley para defenderlo. La extinción de las acciones por el transcurso del tiempo puede efectuarse por la prescripción o por la caducidad. En términos generales podría decirse siguiendo a Coviello, que “existe caducidad cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio de una acción judicial, de tal modo que, transcurrido el término, no pueda ya el interesado verificar el acto.” A pesar de las variaciones de la doctrina, en ésta y en la jurisprudencia ha terminado por prevalecer la tesis de que la caducidad es una figura distinta a la prescripción. Lo que distingue la caducidad de la prescripción es que la primera extingue, restringe o modifica el derecho de acción, mientras que la prescripción supone que el titular no ha ejercido ese derecho en cierto tiempo por causas que le son imputables. La caducidad afecta a una acción cuyo ejercicio es fundamental para el reconocimiento del derecho, mientras que la prescripción afecta a la acción de un derecho perfecto y existente. Este aserto se vigoriza mucho más con el criterio del profesor Miguel González Rodríguez, expuesto en su obra derecho administrativo colombiano, cuando expresa que los plazos para accionar están prefijados en forma objetiva, es decir sin consideración a situaciones personales del interesado; si los deja transcurrir sin presentar la demanda, el derecho de la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que se pueda alegar para revivirlo excusa alguna, ya que esos plazos no son susceptibles de interrumpirse; y, al contrario de lo que ocurre con la prescripción, la caducidad solamente se interrumpe con la presentación de la demanda, pues en la caducidad se considera únicamente el derecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado en la norma, prescindiendo de la razón subjetiva.¹⁷⁴

Según José R. Chaves, la prescripción es la muerte de la acción sancionadora de la Administración: “La administración no desenfundó la pistola a tiempo”. La caducidad es la muerte del procedimiento por agotamiento del tiempo “La administración desenfundó la pistola pero no llegó a disparar a tiempo”. El instituto de la prescripción es causa de extinción de responsabilidad (jamás la administración podrá volver a disparar por el mismo hecho en contra de la misma persona) y el instituto de la caducidad es un modo de terminación del procedimiento administrativo (La administración podrá en ciertos casos volver a repetir desde el

¹⁷⁴ Galo Espinosa, *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa, Recopilación de Resoluciones en el período 1968-1992*, (Quito: Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992), 92 y 93.

principio). Gráficamente, el plazo de la prescripción es el tiempo para iniciar el procedimiento y el plazo de caducidad es el tiempo para terminarlo¹⁷⁵

Cuestión que no es compartida por los magistrados Pablo Tinajero Y Patricio Secaira que señalan que no existe la prescripción administrativa, en razón de que la potestad nace del propio poder del Estado, no podría el Estado cumplir con su Función sin potestades por tanto su función no prescribe de manera general, pero en lo específico, en un caso en particular la competencia de la Autoridad que representa la función del Estado podría caducar pero su función estatal como tal no prescribe jamás, conforme se destaca a continuación.

Así el magistrado Pablo Tinajero Delgado señala que: La prescripción no existe en el derecho administrativo, la caducidad se refiere a la pérdida de competencia de la autoridad para el ejercicio de una potestad. La prescripción es una figura propia del código civil, en esa materia es un modo de adquirir o perder un derecho. La caducidad administrativa tiene dos aristas que son muy claras: La caducidad en cuanto al ejercicio de una potestad administrativa (Administración); y la segunda en cuanto al ejercicio de un derecho (Administrado). En el primer caso, debemos entender que este tipo de caducidad a diferencia de la prescripción opera por el ministerio de la ley, por el simple paso del tiempo, no necesitamos una petición de parte y los efectos se producen sobre el caso concreto, específico y particular, no *erga omnes* como en el caso de prescripción. Por lo que la facultad de la administración caduca dentro de un caso específico no prescribe, pues el ejercicio de la potestad no prescribe en razón de que es consustancial al poder. En el segundo caso, se refiere al ejercicio de un Derecho, debemos entender como ese libre albedrío que tiene la persona para ejercer su derecho de acción para demandar dentro de un tiempo determinado¹⁷⁶

Igualmente, el magistrado Patricio Secaira manifiesta: Que “La diferencia sustancial entre caducidad y prescripción, es que la caducidad pertenece al orden público y por tanto no puede interrumpirse bajo ninguna circunstancia, la falta de competencia que produce la caducidad no puede ser convalidada por un acto

¹⁷⁵ José R. Chaves, “La caducidad del procedimiento sancionador: hablando claro y con apoyo en la jurisprudencia reciente”, *delajusticia.com*, agosto de 2009, <<https://delajusticia.com/2009/08/13/la-caducidad-del-procedimiento-sancionador-hablando-claro-y-con-apoyo-en-la-jurisprudencia-reciente/>>

¹⁷⁶ Pablo Tinajero, Juez Corte Nacional de Justicia, entrevista en sala especializada de lo Contencioso Administrativo, Quito, 22 de octubre de 2016.

posterior eso generaría una inseguridad jurídica absoluta. La prescripción es distinta, puede interrumpirse por diferentes razones. La caducidad se refiere al ejercicio de competencias y la prescripción a derechos sustantivos patrimoniales. Cuando hablamos de la prescripción administrativa hay que ubicar el tema en la potestad pública que tiene que ver con el poder, por tanto siempre está inmerso el Estado. La potestad pública para accionar no prescribe nunca pero si caduca su capacidad de acción por su inacción en casos específicos de conformidad con la ley. En otras palabras pierde competencia por el decurso del tiempo, en razón de que la ley establece un plazo o término para accionar esa potestad pública como garantía de la seguridad jurídica y como principio de diligencia del accionar público. La caducidad tiene que ver con el ejercicio del derecho, si la ley le entrega al administrado o a la administración esta facultad y no la ejercen, quien no lo hace está abandonando el derecho a ejercer una acción, es un abandono que genera la pérdida del derecho a obrar”.¹⁷⁷

La competencia, se refiere al ejercicio específico de una potestad pública en manos de una Autoridad que es la que representa a la Administración, en un caso específico dentro del tiempo determinado en la ley y sometida a las condiciones establecidas en la misma. La prescripción no es aplicable para la administración porque las potestades que son propias del poder del Estado son permanentes y eternas; en cambio, la caducidad es aplicable para la administración porque tiene que ver con la voluntad de la Autoridad competente cuyo accionar está regulado por el ordenamiento jurídico.

La prescripción opera respecto de los derechos sustantivos exclusivamente, por eso es propia del ámbito privado; en cambio, la caducidad es un tema que corresponde al orden público, tiene que ver con el ejercicio de los derechos subjetivos, por tanto el ejercicio de la competencia administrativa tiene que ver con la aplicación o vigencia de los derechos subjetivos de las personas y relacionada con la actividad procedimental, del ejercicio o no de una acción.

En el caso en estudio, estamos frente a un acto administrativo reglado, el criterio de Patricio Secaira Durango, es aquel que solo puede ser expedido cumpliendo los procedimientos fijados en la norma jurídica preexistente; ya que esta, de modo previo a la emisión del acto, ajusta la conducta del órgano público que debe

¹⁷⁷ Patricio Secaira Durango, Juez del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entrevista en Quito, 21 de octubre de 2016.

emitirlo. Es decir la norma jurídica señala reglas que deben cumplirse para que el acto sea emitido y tenga valor efectivo. Así por ejemplo para destituir a un funcionario debe, previamente, efectuarse el sumario administrativo. Son actos impugnables en vía judicial¹⁷⁸

En el procedimiento administrativo de control tenemos dos etapas: predeterminación o glosa y determinación de responsabilidades, que son totalmente regladas, todo el procedimiento esta normado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dentro de un marco de términos y plazos, por lo que estamos frente a actos administrativos reglados. Así, se ha dejado establecido que entre la orden de trabajo y la aprobación de un examen debe transcurrir un término máximo de 180 días. Dentro del debido proceso de determinación de responsabilidades el régimen de derechos y garantías que se impone en nuestra constitución, está orientado no solo a garantizar principios fundamentales de la actividad pública descritos en nuestra carta suprema como: La debida diligencia, la eficiencia, eficacia, celeridad, plazo razonable, etc., sino también derechos y garantías como el debido proceso, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica, etc., derechos que son consustanciales al ser humano.

En este punto es importante entender la doble finalidad o voluntad del constituyente al incorporar en la Constitución estos principios en la actividad de la función pública: Por una parte, su finalidad era contar con una administración pública más activa y diligente, lo contrario significaría propiciar la vagancia y pereza administrativa; y, por otra parte, proteger los derechos de los más débiles en la relación administrativa, que son los administrados.

El maestro Marco Morales Tobar alude a Edgar Neira para señalar que las resoluciones tardías contienen un vicio insubsanable y están afectadas por una nulidad de pleno derecho dado que la autoridad administrativa que expide la resolución fuera del término de ley habrá perdido competencia en razón del tiempo. Así lo prevén los artículos 94 letra a) y 129.1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Por consiguiente, la expedición por parte de

¹⁷⁸ Patricio Secaira Durango, *Derecho Administrativo*. (Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2008), 149.

la autoridad administrativa de una resolución fuera del término de ley, conlleva su pérdida de competencia dentro del procedimiento¹⁷⁹

En forma categórica dejamos establecido que la competencia, se refiere al ejercicio de la potestad pública y de quien la representa (Autoridad) en un caso específico, su ejercicio siempre tiene un punto de partida y un punto final. Por lo que debe ejercerla en los tiempos en que la ley señala, por la misma seguridad jurídica que es un principio superior de un Estado social de Derecho, también tiene un efecto procesal fundamental que es la preclusión como institución del derecho procesal, que busca en esencia poner límites en la relación de las personas con el Estado porque el ejercicio de la competencia es un tema que se subordina a la ley no a la voluntad de la administración o de las personas.

El elemento voluntad es el pilar fundamental para ingresar en la órbita jurídica de la caducidad pues esta deviene de la conducta de omisión del funcionario público para tomar una decisión en los términos y plazos establecidos en la ley, que lleva implícita la vulneración de los derechos subjetivos inherentes a los seres humanos, así como de los principios fundamentales del accionar público: eficiencia, eficacia, debida diligencia, etc. Estos vicios no son propios de la administración sino de quienes la administran que son los funcionarios públicos, por tanto las responsabilidades no son imputables a la administración sino a los funcionarios públicos, por ello la frase constitucional “ningún servidor público estará exento de responsabilidades por sus acciones o por sus *omisiones*.” y la posibilidad jurídica de la repetición en contra del funcionario omisivo.

Gustavo Penagos sostiene que la administración no puede arrogarse la facultad de resolver en cualquier momento, sino dentro de los límites temporales, conforme a las leyes respectivas. Los plazos son obligatorios, tanto para los interesados como para la administración.¹⁸⁰

En este sentido la administración vulnera su deber de acción y sus principios de eficacia y eficiencia para con la Sociedad, por cuanto en última instancia su inacción perjudica a la Sociedad en su conjunto, en razón de que todos los ciudadanos bajo la figura de la indemnización de daños y perjuicios pagamos las consecuencias de la irresponsabilidad de los funcionarios públicos y debilitamos la

¹⁷⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 311.

¹⁸⁰ Gustavo Penagos, *El Silencio Administrativo*, 176.

credibilidad del accionar público, lo que supone también la socialización de las consecuencias del mal funcionamiento de la Administración.

En cambio, en cuanto a la caducidad del derecho a accionar del administrado, éste únicamente renuncia a su derecho a demandar lo cual no provoca ningún perjuicio para la Sociedad, simplemente omite llamar a la administración en procura de sus derechos o necesidades, por tanto se perjudica a sí mismo no a la Sociedad.

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional, en torno a la caducidad de las facultades de la Contraloría General del Estado, en fallo de 19 de julio de 2016, dentro del recurso de casación No. 356-2013, manifiesta lo siguiente:

La Segunda Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Distrital 1, en sentencia dictada el 14 de junio de 2013, en su considerando SEXTO señala: Se encuentra de la información que obra de la misma resolución de Contraloría, que el contrato de construcción ha sido firmado el 28 de diciembre de 1995, obras que dejaron de ejecutarse por el contratista desde el 26 de enero de 1999; y que, la Administración (Hospital) expidió la resolución 0011 de 27 de septiembre de 2001 por la cual se da por terminado unilateralmente dicho contrato. El actor ha sido notificado con la glosa 20280, mediante publicación en el Diario La Hora, el 3 de mayo de 2007; es decir que si se tomare como fecha de operación o actividad del actor el 27 de septiembre de 2001 (que ciertamente no lo es, ya que las actividades que generan esa responsabilidad obviamente deben ser anteriores no solo a esa fecha sino incluso a la fecha en que dejaron de continuarse los trabajos por la empresa contratista); hasta el 3 de mayo de 2007, es evidente que la competencia de la Contraloría para emitir, notificar la glosa y confirmar la responsabilidad civil mediante el acto administrativo impugnado había caducado, en razón de que habían transcurrido con exceso el plazo que tenía para hacerlo, pues la glosa se ha notificado luego de seis años ocho meses y seis días...El primer inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, vigente a la época, disponía: La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en cinco años (hoy siete años) contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. La pretensión del actor, como se verifica en la sentencia impugnada, es la declaratoria de nulidad del acto administrativo y se fundamenta en la caducidad de la potestad de control. Por cuanto se alegó como excepción la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda por parte del demandado, se verifica de la sentencia que el actor incluyó en su demanda los fundamentos para desvirtuar las presunciones de legitimidad, ejecutoriedad y validez de las que goza el acto administrativo, los que fueron considerados en la sentencia, igual que las excepciones del demandado, por lo que no se constata que no se hayan resuelto los puntos sobre los que se trabó la litis, como alegó el recurrente.... Finalmente, respecto de que en la sentencia no se analizó ni se demostró la existencia de actos ilegítimos o ilegales a fin de demostrar causales de nulidad, es necesario indicar que el principio de legalidad o de legitimidad significa que la actuación de la Administración Pública está subordinada a la ley, por lo que debe respetar las formalidades previstas en ésta. En caso de verificarse que el acto administrativo no cumplió con éstas, los jueces, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, pueden declarar su nulidad, lo que precisamente sucedió en este caso, razones por las que se verifica que no se han demostrado los yerros alegados por el

recurrente, por lo que se rechaza el recurso de casación interpuesto por el Contralor General del Estado y por tanto se confirma la sentencia subida en grado.¹⁸¹

Está claro que la Corte Nacional en el presente fallo de 19 de julio de 2016 pone de manifiesto la protección de los derechos y garantías que se encuentran comprometidos en favor de los administrados, pues se pronuncia en torno a los hechos y circunstancias que provocan la caducidad de la administración en perjuicio del administrado, de esta manera hace efectivos derechos fundamentales como: el debido proceso, la seguridad jurídica, la igualdad, etc. y principios esenciales e irremplazables necesarios para la gestión de la administración pública que se describen en nuestro marco legal como: La eficacia, eficiencia, oportunidad, calidad, debida diligencia, etc.

En fallo de 13 de diciembre de 2016, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, al referirse a la caducidad administrativa provocada por la Contraloría General del Estado, en los numerales 7.9.2; 7.9.3; y 7.9.4, señalan:

En la revisión de la legalidad de lo actuado por el equipo auditor, se advierte que este tenía el plazo de un año desde la emisión de la orden de trabajo, para que se emita el informe y este sea aprobado por el Contralor General del Estado, aprobación que no lo hicieron dentro de dicho plazo. La falta de pronunciamiento oportuno de la autoridad, causa que los comentarios, conclusiones y recomendaciones del informe carezcan de toda validez y eficacia para el establecimiento de responsabilidades. La expedición de los mismos fuera de término, generó un vicio de incompetencia de la autoridad en razón del tiempo, la cual no actuó con oportunidad, ya que para el momento en que pretendió pronunciarse había caducado su facultad, lo cual genera nulidad de todo lo actuado posteriormente, ya que para tener algún efecto jurídico válido, la autoridad competente, debía expedir su aprobación al informe dentro del plazo de un año, conforme lo prescribe el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Así mismo, de conformidad con el artículo 71 *Ibídem*, se tiene que considerar que el plazo de la ley vigente a esa fecha no es el mismo con relación al que imperaba a la de los hechos que han sido materia de juzgamiento, toda vez que, la reforma publicada en el R.O. No. 1, de 11 de agosto de 2009, incrementó de 5 a 7

¹⁸¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, [Sentencia] en Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de Casación No. 356-2013*, 19 de julio de 2016, a las 16h10.

años el plazo de caducidad y consecuentemente, el incremento rige únicamente a partir de esa fecha. A su vez, de conformidad con el artículo 72 *ibídem*, en todos los casos, la caducidad será declarada de oficio o a petición de parte, por el Contralor o por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, según se hubiera presentado el reclamo como acción o como excepción, lo que no deja otra opción al Tribunal, que aplicar las normas de categoría legal.

Al analizar las fechas, se tiene que desde el período de examen especial realizado por la Contraloría a partir del 1 de enero de 2006 al 31 de agosto de 2008 y la fecha de expedición del acto impugnado que determinó en su contra responsabilidad civil culposa constante en la resolución 5915, de 8 de julio de 2014, han transcurrido más de seis años, por tanto ha caducado la facultad de la demandada para determinar responsabilidades. Consecuentemente, la Contraloría General del Estado perdió competencia en razón del tiempo para emitir la resolución que es objeto de impugnación.

La caducidad es una institución jurídica consignada en el derecho positivo que permite la extinción del derecho de acción por el transcurso del tiempo y por la inactividad tanto del administrado como de la administración pública, ya que la caducidad no puede ser interrumpida por ninguna circunstancia, en virtud de que el tiempo asignado por la ley para el ejercicio de un derecho debe ser usado por el administrado en procura de sus reconocimientos y por la administración pública como mecanismo determinador de obligaciones y sanciones, puesto que, de no hacerlo ese derecho y esa obligación se extinguen, desaparecen de la vida jurídica, como se extingue también por el decurso de tiempo la competencia de la autoridad pública para pronunciarse respecto del fondo de los temas puestos a su conocimiento y resolución, de modo que el juzgador está obligado a declararla cuando objetivamente se establece en el proceso que tal caducidad se ha producido, aun cuando no exista petición de parte, ya que el instituto de la caducidad pertenece al orden público, es decir al interés colectivo y no puede dejarse “ad infinitum” a disposición de los administrados y de la propia administración pública, derechos y obligaciones que pueden afectar el interés social, pues esto constituiría una violación del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República. Al haberse producido la caducidad de la facultad que posee la Contraloría General del Estado, conforme el artículo 71 de la ley *Ibídem*, para determinar responsabilidades civiles, en razón del tiempo transcurrido, genera que dicho organismo de control automáticamente y de pleno derecho, dejó de tener competencia, para determinar responsabilidades. Por todas estas consideraciones, los señores jueces aceptan la demanda propuesta y en consecuencia declaran la nulidad de las actuaciones de la Contraloría General del Estado.¹⁸²

¹⁸² Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo [Sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, juicio 17811-2016-01177], 13 de diciembre de 2016, 10h48.

En este punto es importante dejar establecido que la caducidad provocada por la Contraloría se puede producir en varios momentos o instancias del procedimiento. De manera general el sistema del control administrativo del Estado, tiene dos grandes momentos y tienen que ver con las disposiciones legales contenidas en los artículos 26 y 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que recoge la sentencia del Tribunal Distrital en estudio: El primero, que dice relación, a la facultad de control, que tiene que ver con la actividad pura del control, que constituye la razón de ser del control gubernamental, que le permite pronunciarse sobre la razonabilidad de los hechos auditados contenidos en un informe de auditoría o examen especial, estructurado con comentarios, conclusiones y recomendaciones, cuyo propósito u objetivo central no es la de determinar responsabilidades. En esta primera fase, tenemos dos momentos: La orden de trabajo y la aprobación del informe (Art. 26) no puede exceder ciento ochenta días término, superado el mismo caduca la facultad de la Autoridad para pronunciarse, pues pierde la competencia en razón del tiempo, si lo hace su actuación es nula. Si se produce esta imperfección en el procedimiento *ipso jure* de pleno derecho por sentido lógico de la ley y en aplicación estricta del principio de coherencia no podemos transitar a la segunda fase que constituye la fase de determinación de responsabilidades.

En la fase de determinación de responsabilidades, debemos tener en cuenta la aplicación del artículo 71 de la Ley, donde se analizarán dos parámetros para establecer la caducidad: Fecha en la que ocurrieron los hechos u operaciones administrativas y fecha de determinación de responsabilidades. Aquí es importante destacar, que no debemos tener en cuenta, la fecha de la observación o glosa sino de la resolución que determina la responsabilidad, pues el verbo rector del artículo indicado es determinar no observar. En definitiva, el plazo debe contarse desde la fecha del hecho u operación administrativa hasta la fecha de la resolución de determinación de responsabilidades.

4. El silencio administrativo

Álvaro Mejía Salazar para definir el silencio administrativo se refiere a los conceptos de Jaime Vidal Perdomo quien señala: la ausencia de respuesta de la administración presenta varios problemas, el primero relacionado con la

responsabilidad del Estado y del funcionario. El segundo, relacionado con los mecanismos que ha ingeniado el legislador para dar una respuesta al administrado, que es principalmente el silencio administrativo, positivo o negativo. Asimismo, se apoya en Hernán Jaramillo Ordoñez, quien al referirse al silencio administrativo dice que opera cuando el peticionario no recibe una respuesta oportuna dentro del tiempo que la ley establece, es decir, es una solución ante la inercia de la administración, respecto a una conducta que requiere pronunciamiento concreto.¹⁸³

Los efectos del silencio administrativo en sus diversas modalidades son en favor de:

1. De la administración, porque le hace más ágil y facilita cumplir sus fines, dentro de la ley.
2. Del administrado, quien, al pasar determinado plazo sin haber obtenido respuesta a sus peticiones, la ley le da un valor al silencio de la administración.¹⁸⁴

Marco Morales Tobar, alude a Edgar Neira para definir al silencio administrativo como la omisión del deber de resolver en el que incurre determinado órgano de la administración, que consiste en la falta de pronunciamiento expreso sobre las peticiones de los administrados en los plazos previstos de ley, y que por disposición de ésta puede provocar la aceptación tácita de la Administración (silencio positivo) o la adopción de un remedio procesal para evitar que el administrado quede en indefensión (silencio negativo). Agrega que teniendo en claro que en nuestro ordenamiento jurídico se aplica el silencio administrativo positivo, García Triviño manifiesta: La operatividad del silencio administrativo positivo da lugar al surgimiento de un acto presunto, y, como tal, a un verdadero acto administrativo. Podría decirse que en el Derecho administrativo el acto presunto genuino es precisamente el surgido en el silencio positivo.¹⁸⁵

Gustavo Penagos señala que en el silencio no hay sustitución de voluntad por mandato de la ley o por decisión del funcionario, el silencio administrativo es un efecto jurídico que encuentra fundamento en la misma ley, se apoya en la sentencia

¹⁸³ Álvaro Mejía Salazar, *Diccionario Derecho Tributario*. (Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 377-378.

¹⁸⁴ Gustavo Penagos, *El silencio administrativo*, 99.

¹⁸⁵ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 297-298.

del Consejo de Estado colombiano de 2 de febrero de 1998, Expediente: 8993, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, para señalar: *La doctrina moderna del derecho administrativo ha reiterado que el silencio administrativo positivo no es una decisión, sino que la ley le da los efectos de ésta, con el fin de evitar que los derechos de los administrativos no sean objeto de burla o para prevenir arbitrariedades de la administración. Es la ley que le otorga efectos jurídicos positivos en los casos específicamente señalados por la misma, ante la abstención de la administración de resolver un recurso o una petición, que en tal caso el legislador ha previsto que debe entenderse favorable al administrado, el cual adquiere un derecho que no puede ser desconocido.*¹⁸⁶ (Las cursivas me pertenecen).

Agrega Penagos que para que exista acto administrativo se requiere una decisión exteriorizada y para que produzca efectos jurídicos la ley exige su publicación, notificación o comunicación conforma a la norma legal que regule dicha decisión. Se observa que la doctrina se inclina a considerar que el silencio de la administración no es un acto administrativo: ni tácito, ni presunto. Simplemente se trata de un valor jurídico que las leyes atribuyen a la abstención de no decir, por lo que se deduce que nace por el incumplimiento de un deber legal el cual está regulado en la norma jurídica.

La doctrina en general señala como componentes de todo acto administrativo los siguientes: Órgano competente, Voluntad administrativa, Contenido u objeto, Formalidades o procedimiento, Fin.

De estos componentes se requiere para la existencia de la decisión, por lo menos: 1. El órgano que profiera el acto; 2. El contenido, y 3. El cumplimiento de un requisito especial, en caso de que la ley así lo exija para su existencia, la publicación. Mal podría hablarse de acto administrativo si no se dan los componentes de la decisión; no hay nada que notificar o publicar, pues no existe acto administrativo¹⁸⁷

Como observamos la figura del silencio administrativo se ha estudiado en el marco de la teoría del acto administrativo, lo que a criterio de Juan Carlos Benalcázar implica, por una parte, el análisis de las disponibilidades de control jurisdiccional, y por otra parte, la confrontación de dicho fenómeno con la naturaleza del acto jurídico. El acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual el elemento esencial es una declaración dirigida a producir determinados efectos

¹⁸⁶ Gustavo Penagos, *El silencio administrativo*, 6-8.

¹⁸⁷ Gustavo Penagos, *El silencio administrativo*, 13-27.

jurídicos, por el contrario, el silencio administrativo se produce cuando la administración se abstiene de expresar una declaración, del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión volitiva alguna. Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas.

Los efectos del silencio administrativo provienen directamente de la Ley. No se trata de deducir o interpretar una decisión a partir de la conducta silenciosa de la administración, sino de sustituir la declaración de voluntad. Esto distingue netamente al silencio administrativo de las figuras de los actos administrativos tácitos e implícitos. El fenómeno jurídico del silencio administrativo contrariamente de lo que ocurre con el acto tácito e implícito, se explica, no en virtud de una interpretación o deducción sino como la sustitución legal de una voluntad no expresada. De ahí que no sea correcto equiparar el silencio administrativo a los actos administrativos y afirmar que existe una “denegación tácita o presunta”, o bien, una “aceptación” con los mismos adjetivos. A lo sumo, y en referencia al silencio positivo, podría hablarse, de modo analógico, de un efecto legal con valor de acto o equivalente a un acto, en atención a que el administrado tendrá garantías de estabilidad respecto de lo que adquirió en virtud de la ley, como si se hubiese expedido un acto expreso favorable. La afirmación de que el silencio administrativo no puede equipararse al acto administrativo, tiene más asidero en la constatación de que este último, propiamente, se produce por el ejercicio de la función, lo cual no sucede en caso del silencio administrativo.¹⁸⁸

Gustavo Penagos, a efectos de dejar claro lo que debemos entender por acto administrativo tácito o implícito explica que la manifestación *implícita* de voluntad, mal llamada tácita, no es directa ni determinante, pero se deduce de hechos y circunstancias que permiten entender de manera indirecta que concurre la voluntad; verbigracia, en los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona para un cargo, se entiende tácitamente la insubsistencia del anterior. Fernando Garrido Falla dice: que el problema de las resoluciones tácitas resulta de una cuestión de interpretación, a los efectos de conocer lo que la administración ha querido, y de soluciones casuísticas. Por lo que el efecto implícito, suele subsumirse

¹⁸⁸ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. (Ecuador: Abya-Yala, 2007), 231-232.

en el acto anterior, frente a la declaración expresa de voluntad, entendidas como aquellas deducidas de actos expresos no dirigidos directamente a tal fin.¹⁸⁹

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Modernización, de manera general opera el silencio administrativo positivo: “En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante”. Sin embargo, de lo señalado, por excepción opera el silencio administrativo negativo por mandato expreso de la ley.

En el presente estudio veremos que por disposición expresa del artículo 85 la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, tenemos que en las impugnaciones dirigidas a dicho Ente de Control relacionadas con responsabilidades civiles y órdenes de reintegro, por mandato de ley opera el silencio administrativo negativo: “las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta Ley. *Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la Ley*; sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan al respectivo servidor por incumplimiento de plazos, al tenor de lo previsto en el artículo 212 de la Constitución de la República. (Las cursivas me pertenecen). Nótese que esta negativa no involucra al proceso de determinación de responsabilidades administrativas, de lo cual hablaremos en líneas posteriores.

El silencio administrativo positivo, a diferencia del negativo presenta una radical diferencia en cuanto a sus efectos jurídicos. Los efectos previstos por la Ley sustituyen a la voluntad de la administración, El efecto positivo tiene el valor de una decisión administrativa. Aquel efecto legal, con valor análogo al de un acto administrativo, en principio, no podrá ser atacado por una resolución expresa tardía de signo contrario, y solo podría ser retirado válidamente del mundo jurídico por medio del proceso contencioso administrativo de la lesividad, según lo prescribe el artículo 130 numeral 3 del ERJAFE: “la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas solo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, *salvo que se hubiese producido el*

¹⁸⁹ Gustavo Penagos, *El silencio administrativo*, 29.

silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.”
(Las cursivas y negrillas me pertenecen).

En sentencia de casación publicada en el Registro Oficial 287 del 31 de marzo de 1998 se dijo:

El derecho que se establece por el Ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del Consejo de Estado francés y de su similar colombiano, *nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a su petitorio.*[...] (las negrillas y cursivas me pertenecen).

En el mismo sentido, y resaltando además la imposibilidad de resoluciones expresas tardías de signo contrario, la misma sala, en sentencia de 10 de diciembre de 1997 sostuvo lo siguiente:

[...] entorno a la materia conviene señalar que el derecho que se establece por el Ministerio de la Ley como consecuencia del silencio administrativo en el término señalado, es un derecho autónomo, que conforme lo dicho por la doctrina y por jurisprudencias tan importantes como los fallos del consejo francés y de su similar colombiano, nada tiene que ver con los hechos y circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la Ley establece para dar oportuna contestación a un petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional *no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga su ejecución inmediata; de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.*

Esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia ha llevado a que las pretensiones derivadas del silencio administrativo configuren un proceso de ejecución de un derecho autónomo.

No obstante de lo señalado en líneas anteriores, Marco Morales Tobar con la claridad propia de su experiencia, concreta aún más sus puntos de vista en torno a la perención o caducidad del procedimiento en los siguientes términos: una vez

acaecido el tiempo prescrito en la norma, opera la aceptación tácita por la aplicación del silencio administrativo lo que genera el nacimiento de un derecho autónomo a favor del administrado y consecuentemente caduca la facultad de la administración para expedir una resolución.

Analizadas las figuras jurídicas de la competencia, caducidad y silencio administrativo, pasamos a estudiar la ejecución del silencio administrativo positivo en la determinación de responsabilidades administrativas de cara a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su normativa conexas.

El artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado describe la ejecución de la responsabilidad administrativa, el tercer inciso señala, que antes de imponer la sanción se notificará al implicado sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo de 30 días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo, la Contraloría emitirá su resolución en el plazo de 60 días. Exactamente el mismo procedimiento se describe en el artículo 56, letra a) del Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría; y, también en el segundo inciso del artículo 14 del Reglamento de Responsabilidades¹⁹⁰.

El artículo 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone que las resoluciones sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en la Ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita, que por su calidad de Ley Orgánica se impone a lo dispuesto por la Ley de Modernización, cuestión que en fallo publicado en el R.O. 469, de 7 de diciembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia, lo ha dejado de manifiesto:

“....desde la vigencia del Art. 28 de la Ley de Modernización del Estado, la misma que es de carácter especial y que prevalece sobre cualquier otra que se le opusiere, el silencio en más de ciento ochenta días para emitir la resolución que confirma la glosa debe tenerse como aprobación de lo solicitado, y por lo tanto resuelta a favor del solicitante...En el considerando CUARTO de la sentencia, en forma categórica se señala: De conformidad con el artículo 143 de la Constitución, una ley ordinaria no podrá modificar una ley orgánica ni prevalecer sobre ella ni siquiera a título de especial...por lo que de acuerdo con la normatividad

¹⁹⁰ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría en Registro Oficial No. 386, *Reglamento de Responsabilidades*, (Quito: 27 de octubre de 2006).

constitucional, sus disposiciones prevalecerán sobre las normas especiales de la Ley de Modernización..”

Nótese que el antecedente de la denegación tácita solo se refiere a las responsabilidades civiles y órdenes de reintegro jamás se refiere a las responsabilidades administrativas, por tanto, el silencio administrativo positivo, en estas últimas, es perfectamente aplicable.

Es de relieves que el indicado artículo 28 de la Ley de Modernización es categórico en señalar que de manera general opera el silencio administrativo positivo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, salvo que una norma legal de manera expresa señale el efecto negativo del silencio administrativo. Por lo que, resulta en extremo evidente que al no señalar de manera expresa la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que opera la denegación tácita en la determinación de responsabilidades administrativas, su efecto y aplicación jurídica no es otra que el silencio administrativo positivo.

En este punto, conviene dejar establecido que el debido proceso, en todos los casos, se registra en la normativa aplicable al tipo de responsabilidad. En lo que tiene relación a la determinación de la responsabilidad administrativa por parte de la Contraloría General del Estado, el debido proceso para su ejecución consta en la normativa que se deja expuesta, no en otra. Por lo que escaparnos de ella, sería afectar no sólo el debido proceso sino también la seguridad jurídica, por una parte y por otra, el principio de legalidad medular y consustancial a la administración pública y que también constituye una garantía que tiene el ser humano para evitar los excesos del poder público, su límite es el marco legal y su interpretación será en procura de la efectiva aplicación de los derechos humanos *pro homine*¹⁹¹.

La responsabilidad administrativa hacendaria se la determina siempre como consecuencia de las acciones del control gubernamental y en contra de un funcionario público, nunca en contra de un particular, por el incumplimiento de la normativa (Ley, reglamento, estatuto, ordenanza, acto normativo), que no genere perjuicio económico en contra del Estado.

Las acciones de control tienen dos fuentes: Las unidades de auditoría interna, que se la conoce como control interno; y el control externo, que lo ejerce la Contraloría General del Estado. Jamás se dejará de tener en cuenta que tanto el

¹⁹¹ Cfr. Constitución de la República, Arts. 76, 82, 226, 417, 427.

control interno como el externo son parte de un solo gran Sistema del Control Gubernamental. Por tanto, las unidades de auditoría interna siempre deben coordinar sus acciones con la Contraloría General del Estado, la misma que a más de coordinar debe supervisar el trabajo de las unidades de auditoría interna (arts. 16 y 17 LOCGE).

El artículo 45 de la LOCGE describe que es la sanción administrativa en los siguientes términos:

“La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen en razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta ley” (DEBERES Y OBLIGACIONES EN GENERAL).

Seguidamente este artículo 45 en trece numerales describe las causas para la determinación de la responsabilidad administrativa, y un numeral adicional, el catorce, que señala: “*Las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes.*” Lo cual da una gran cobertura y capacidad de sanción administrativa a los auditores gubernamentales. Toda norma de control que no sea clara, es fuente de corrupción y una herramienta de persecución política de la que se vale el Poder.

El artículo 46 establece pena o sanción de multa de una a veinte remuneraciones mensuales unificadas del trabajador privado o destitución; o ambas a la vez MULTA Y DESTITUCION y las circunstancias o elementos para su aplicación, graduándolas entre un mínimo y un máximo, sobre la base del principio constitucional de la ponderación.

La parte final del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría establece criterios de valoración para la determinación de las responsabilidades administrativas: Acción u omisión del servidor; Jerarquía del sujeto pasivo de la sanción; Gravedad de la falta; Ineficiencia en la gestión según la importancia del interés protegido; El volumen e importancia de los recursos comprometidos; Haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada.

La determinación de sanción administrativa siempre es por los sujetos y en forma directa, no existe la responsabilidad administrativa solidaria o subsidiaria, que son responsabilidades indirectas, así lo señala el artículo 42 de la LOCGE:

“Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por culpa leve, cuando incurrieren en

acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos...”

Es importante precisar que la imposición de una sanción cualquiera que esta fuera es la materialización de una potestad sancionadora, asignada a autoridad competente, en el presente caso, por mandato constitucional y legal a la Contraloría General del Estado, art. 212.2 de la Constitución de la República y 31.34 de la LOCGE.

La ejecución e imposición de las sanciones administrativas se la realizará en la forma prevista en el artículo 48 de la LOCGE, que en la parte relacionada dice:

“Art.48.- “Ejecución e imposición de sanciones. - [...] Las ejecutará la correspondiente autoridad nominadora de la institución del Estado, de la que dependa el servidor, a requerimiento y por resolución de la Contraloría General del Estado. La CGE, las impondrá cuando la indicada autoridad haya dejado de hacerlo [...]”

Antes de imponer la sanción, se notificará al sujeto sobre la desviación detectada, concediéndole el plazo improrrogable de treinta días para que ejerza su defensa. Vencido este plazo hayan o no presentado las pruebas de descargo se emitirá la resolución debidamente motivada dentro del plazo de sesenta días, donde se aceptarán los justificativos o se comunicará a la autoridad nominadora de la que dependa el sujeto para que ésta imponga la correspondiente sanción prevista en el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría.

Revisada en forma integral y pormenorizada, la sección segunda del Capítulo 5, del título II de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que trata las responsabilidades administrativas, no existe una sola letra que se relacione con el silencio administrativo tácito o negativo. Es más, el artículo 75 de la LOCGE establece sanciones en contra de los funcionarios de la Contraloría General del Estado o de las instituciones ejecutoras de obligaciones originadas en resoluciones de la Contraloría General del Estado, por cuya acción u omisión se produjeren la caducidad, la prescripción y *el silencio administrativo*.

Es importante tener en cuenta que cuando hablamos de resoluciones, necesariamente estamos hablando de responsabilidades civiles y administrativas exclusivamente, pues la determinación de indicios de responsabilidad penal se expresa en informes de indicios de responsabilidad penal no en resoluciones, en la forma señalada en los artículos 65 y siguientes de la LOCGE. Entonces, no existe duda que opera el silencio administrativo positivo en la determinación de las responsabilidades administrativas.

Abundando en los propósitos de la presente investigación, respecto a la aplicación del silencio administrativo positivo en la determinación de las responsabilidades administrativas, debemos analizar con mucho detenimiento y profundidad el texto del artículo 85 de la LOCE que señala:

“Art. 85.- Las resoluciones de la Contraloría General del Estado, sobre impugnación de responsabilidades civiles culposas y sobre reconsideraciones de órdenes de reintegro, se someterán a los plazos previstos en esta ley. Su falta de expedición causará el efecto de denegación tácita y el interesado podrá ejercitar las acciones previstas en la ley...”

Como vemos, esta disposición legal únicamente se refiere a las responsabilidades civiles directas e indirectas, jamás se refiere a la responsabilidad administrativa, por lo que sin ninguna duda podemos afirmar que contestada la glosa administrativa dentro del plazo de 30 días, la Contraloría General del Estado tiene el plazo improrrogable de 60 días para pronunciarse, de no hacerlo opera el silencio administrativo positivo y cabe demandarlo en la forma prescrita en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado.

El artículo 1 de la Constitución de la República indica que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, [...]” en el que impera el principio de legalidad, confirmado en el Art. 226 Ibídem que en forma expresa señala que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”, por lo tanto, gobernantes como gobernados debemos cumplir con la norma constitucional y las que se encuentran dentro del Derecho Positivo. En otras palabras, en el ejercicio de la Gestión Pública lo que no está escrito, simplemente no existe.

El artículo 48 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; el artículo 56 apartado a) del Reglamento a la citada Ley de la Materia; y, el artículo 20 del Reglamento de Responsabilidades establecen el DEBIDO PROCEDIMIENTO que se debe seguir para emitir una Resolución Administrativa dada en estricto derecho. Así vemos que no se cumplen con las mismas Leyes sustantivas, adjetivas y reglamentarias citadas, pues es muy común que la Contraloría General del Estado no se pronuncie con la Resolución respectiva dentro de los 60 días. Es decir, que se viola EL DEBIDO PROCESO, previsto en el artículo 76 de la Constitución de la

República y sin lugar a dudas se produce una afectación a la SEGURIDAD JURÍDICA, conforme lo señalado en el artículo 82 *Ibíd.*

Como se ha venido señalando en el curso del presente Capítulo, los procesos de predeterminación y de determinación de responsabilidades acorde a la propia Ley de la Contraloría General del Estado señalan plazos y términos, su falta de pronunciamiento dentro de los mismos, traen como consecuencia su pérdida del derecho de acción, esto es la perención o caducidad.

La puesta en escena de la figura jurídica de la caducidad provoca la pérdida de la competencia de la autoridad en razón del tiempo y en el caso específico de las responsabilidades administrativas dictadas por la Contraloría General del Estado, se produce el efecto positivo del silencio administrativo. La competencia vista desde la teoría del acto administrativo es un elemento estructural del mismo, su afectación provoca la nulidad de pleno Derecho.

Los elementos doctrinarios y jurisprudenciales revisados dejan en evidencia que la institución jurídica de la caducidad es de doble vía, tanto para la administración como para el administrado. Aspiramos que en un futuro inmediato la línea jurisprudencial del Ecuador acoja esta doble dimensión de la caducidad.

En todos los casos el pronunciamiento extemporáneo genera la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo dictado fuera de plazo. En ningún caso, puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo.

De lo relatado puede deducirse que, aun cuando con expresiones diferentes, de todas formas, los autores indicados coinciden, en esencia, en que la caducidad es una institución de orden público, que una vez producida no convalida la facultad, es una sanción natural que depende del transcurso del tiempo, es una presunción de abandono del proceso y es de interés del Estado por cuanto éste pretende que no existan procesos de duración indefinida y la eficiencia administrativa.

Además, produce otro efecto jurídico que es la pérdida de competencia, que le aparta a la Autoridad de los hechos sujetos a su decisión por omisión, en razón de que en el tiempo determinado por la ley para conocer y resolver los mismos no tomó ninguna decisión. Se tiene que la competencia nace de la ley, y ésta fija términos y plazos dentro de los cuales la Autoridad ejerce sus atribuciones, cumplidos estos la pierde.

Por lo expuesto, podemos concluir que una vez contestada la observación administrativa, por disposición de la ley, la Contraloría General del Estado tiene 60

días plazo para pronunciarse, si no lo hace dentro de ese plazo, pierde la competencia para pronunciarse por omisión, por tanto, jurídicamente ha caducado su facultad para hacerlo, puntualizando que el silencio administrativo negativo únicamente opera en la determinación de responsabilidades civiles y órdenes de reintegro.

El tema del silencio administrativo es una solución que encontró el Estado para darle un efecto a la falta de atención de las peticiones, reclamos, recursos que presenta el administrado a la administración, porque el Estado tiene el monopolio del poder, por tanto es el único que le puede dar solución a los conflictos que surgen de las relaciones entre la administración y los administrados, por ello es que se le da cierto tipo de efectos a los actos y hechos administrativos, excepto a los contratos públicos.

Uno de los aspectos de análisis dentro de este punto, es que también el legislador se preocupa de los derechos de las personas, nos deberíamos interrogar si es la persona la que tiene la obligación de soportar la omisión de la autoridad o es la autoridad la que debe respetar los derechos de la persona, la respuesta es simple, es la autoridad la que tiene esa obligación y es la persona la que tienen el derecho a ejercer su derecho.

La clave es la oportunidad para el ejercicio del Derecho. De modo que la solución jurídica que se ha encontrado es darle un efecto jurídico al hecho que es la falta de pronunciamiento. Los efectos son los que la ley establece, lo otro es solamente en un hecho, la ley puede darle un efecto positivo o negativo a ese hecho, pero también el legislador incorpora el ejercicio de los derechos.

El silencio administrativo es una figura jurídica que pretende dar ciertos efectos a la falta de pronunciamiento de la administración en determinados momentos, las personas necesitan de las decisiones públicas, nadie puede solucionar sus problemas por su propia cuenta. Solo la administración puede provocar el silencio administrativo no el particular, si éste no ejerce sus derechos en los términos de ley caduca su derecho a demandar.

Los efectos del silencio administrativo nacen por la falta de una decisión pública en un determinado tiempo, esto desde la dimensión del administrado, pero es importante para entender esto, la dimensión de los efectos que se produce en la administración, de modo general es la imposibilidad jurídica de pronunciarse sobre un hecho porque ha pasado el tiempo para hacerlo, entonces carecería de competencia para pronunciarse, a esa falta de ejercicio del derecho dentro del tiempo

se la conoce como caducidad.

Asimilando esto al proceso de Contraloría, si eventualmente yo no contesto la glosa que pasa. La respuesta, persiste mi presunción de inocencia, porque la comunicación de predeterminación es un aviso del hallazgo, la comunicación de las imputaciones que se están formulando, es solamente un aviso no es el acto administrativo de determinación de responsabilidades, no es otra cosa, que el inicio de un procedimiento sancionador, equivalente en materia de sanción disciplinaria al auto de instrucción del sumario administrativo, por lo que se debe respetar el debido proceso posterior a la predeterminación para determinar responsabilidades de manera motivada, se pronuncie a no se pronuncie el auditado, con la circunstancia que la Autoridad de Control, tiene la obligación de pronunciarse dentro de los plazos y términos señalados por la ley. De no hacerlo, se producen los efectos jurídicos de la caducidad que es la pérdida de competencia para pronunciarse sobre los hechos sometidos a su decisión.

Para efectos de analizar y comparar con la legislación mexicana la determinación de responsabilidades administrativas y su aplicación, a continuación, se describen sus rasgos más importantes.

5. Derecho comparado

La determinación de la responsabilidad administrativa hacendaria en México

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el régimen de las responsabilidades administrativas se encuentra previsto en su título cuarto específicamente en los artículos 108, 109, 110, 111, 112, 113 y 114. Con lo cual se corrobora la intención del legislador de establecer los mecanismos para lograr que el ejercicio de la función pública se acote al principio de legalidad y se sancionen a los servidores que no se apeguen a tal principio. Sin embargo, dejar que lo específico del régimen de responsabilidades administrativas se contemple en leyes creadas para tal efecto, Implica que en la reglamentación de dichos preceptos constitucionales se prevean disposiciones claras y precisas para evitar impunidades o que impidan una adecuada gestión administrativa sin perjuicio de los derechos laborales que en su

caso converjan.¹⁹²

En el numeral II del artículo 109 de la Constitución se señala que se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos cargos y comisiones.¹⁹³

Por otra parte, según el indicado artículo 109, numerales I, II, y III los servidores públicos están sujetos a varios tipos de responsabilidad: administrativa, civil, penal y política.

Le corresponde a la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación o Auditoría Superior de la Federación promover ante las autoridades competentes el fincamiento de responsabilidades; así como de las acciones de responsabilidad a las que se refiere el Título Cuarto de esta Constitución, y presentar las denuncias y querellas penales, en cuyos procedimientos tendrá la intervención que señale la ley.¹⁹⁴

En este punto revisaremos el procedimiento de determinación de las responsabilidades administrativas por consecuencia del ejercicio del control gubernamental ejercido por la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación o Auditoría Superior de la Federación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, descritas ampliamente en el artículo 79 de la Constitución, y los actos o hechos susceptibles de infracciones administrativas que en el ejercicio de sus funciones conocen la Procuraduría General de Justicia, la Procuraduría Social, la Secretaría de Finanzas y la Comisión de Derechos Humanos, todos ellos en el ámbito del Distrito Federal.¹⁹⁵

La Entidad de Fiscalización Superior de la Federación o Auditoría Superior de la Federación de la Asamblea Legislativa del distrito Federal, de acuerdo con los artículo 14, fracción 2, inciso a, y 38 de la Ley Orgánica, cuenta con la atribución para hacer del conocimiento a la Contraloría General de las infracciones administrativas y de los presuntos responsables que haya detectado este órgano técnico en el ejercicio de su función fiscalizadora de la cuenta pública, solicitándole

¹⁹² Santiago Nieto y Yamile Medina, *El control externo y la responsabilidad de los servidores públicos del Distrito Federal*, (México: UNAM, 2005), 168.

¹⁹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013, art. 109

¹⁹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013, art. 79, sección IV.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 178

el inicio del procedimiento administrativo que proceda.¹⁹⁶

El procedimiento que realiza la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para la sanción administrativa ante la Contraloría es el siguiente:

a) Se realiza una auditoría para verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la cuenta pública correspondiente, cualquier órgano del Gobierno del Distrito Federal. Mediante esta el personal técnico de la Auditoría Superior puede encontrar ciertos hallazgos que podrían constituir conductas de servidores públicos sancionables administrativamente.

b) Se cita al ente auditado (servidores públicos responsables) a una reunión de confronta con el objeto de hacer de su conocimiento formal los hallazgos de la auditoría de los que pueden derivar irregularidades. En dicha reunión el ente auditado podrá desvirtuar dichos hallazgos y presentar pruebas para desvirtuar las irregularidades (si las irregularidades se desvirtúan se realiza un oficio de desahogo, sino se desvirtúa se continua con el procedimiento).

c) Se realiza el Informe de Resultados que se integra con los Informes Finales de Auditoría de las áreas técnicas del ente fiscalizador, donde se establecen todas las irregularidades que se encontraron en los entes auditados, así como las recomendaciones que se emitieron para tal efecto.

d) De las irregularidades señaladas en el Informe de Resultados, se determinan aquéllas en las que se presume una responsabilidad administrativa y se realiza un Dictamen Técnico Correctivo sobre estas. Se determina los elementos técnicos que llevaron a concluir que dicha irregularidad es violatoria de alguna disposición legal.

e) Se emite el Dictamen Técnico Correctivo ante la Contraloría General del Distrito Federal a fin de que se inicie el procedimiento administrativo disciplinario correspondiente.

f) La Contraloría General del Distrito Federal cita en términos de la normatividad aplicable a los funcionarios públicos presuntamente responsables de las irregularidades detectadas y les otorga fecha y hora para la celebración de una audiencia en la que se les dan las garantías de legalidad y audiencia, y para que

¹⁹⁶ Ibíd., 179

ofrezcan las pruebas que desvirtúen las irregularidades y aleguen lo que en derecho convenga.

g) Se dicta resolución, y en caso de que se determine legalmente que los servidores públicos son responsables de haber cometido la irregularidad, tiene el derecho de solicitar la revocación de la resolución mediante el recurso correspondiente u optar por impugnar la resolución mediante el juicio de nulidad ante el tribunal contencioso administrativo del Distrito Federal. Si la resolución de este último no es favorable al funcionario, entonces podrá solicitar el amparo y la protección de la Corte Federal.

h) Si en el juicio de nulidad o de amparo ante la Corte se le concede la razón al solicitante, se puede declarar la nulidad lisa y llana o para efectos de que se retrotraiga el procedimiento al momento de cometimiento el vicio del procedimiento.¹⁹⁷

i) La Contraloría, previa o posteriormente al citatorio de notificación, puede determinar la aplicación de la única medida cautelar que se encuentra contemplada en la ley, que es la suspensión temporal del empleo, cargo o comisión. La imposición de la medida cautelar se encuentra al completo juicio de la autoridad que sustancia el procedimiento. La medida cautelar suspende los efectos de nombramiento del servidor público desde el momento en que sea notificado al interesado, en dicha decisión no se debe especificar la duración de la medida, pero podrá cesarla cuando la considere adecuado. En todos los casos la suspensión terminará al momento de dictarse la resolución correspondiente.¹⁹⁸

Al concluir la revisión del procedimiento para la determinación de responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental ejercido por la Entidad Superior de Fiscalización Federal, encontramos semejanzas y diferencias con nuestro procedimiento:

Tanto en México como en Ecuador existe una etapa de predeterminación y otra de determinación de responsabilidades administrativas.

Igualmente encontramos como semejanza que dentro del procedimiento se puede impugnar en sede administrativa de la decisión ante la misma Autoridad.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 192-194

¹⁹⁸ Miguel López Olvera. *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos*. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), 194-195.

Asimismo, es similar el término de cinco días para presentar pruebas de descargo.

Pero también existen varias diferencias: En México existen audiencias de descargo tanto en la etapa de predeterminación ante la Auditoría Superior Federal como en la etapa de determinación ante la Contraloría, lo cual permite hacer efectivo de mejor manera el derecho a la defensa.

En México intervienen dos Entes de Control en el proceso de determinación de responsabilidades: Auditoría Superior Federal en la fase de predeterminación; y Contraloría en la fase de determinación, lo cual en mi criterio garantiza mayor independencia.

En México existe la medida cautelar de suspensión del trabajo o función en la fase de determinación a cargo de la Contraloría, lo cual considero pertinente por dos razones: Evitar injerencias en la toma de decisiones y posibilitarle al administrado el tiempo necesario para que pueda ejercer su defensa a cabalidad sin interrumpir el servicio público.

Conclusiones

El poder se manifiesta a través de dos funciones esenciales: Gobierno y Control. La actividad de control comprende los mismos elementos que la actividad de gobierno, solo que la primera tiene una característica específica que es la de verificar los medios (el cómo) y los fines (el para qué), confronta la razonabilidad de los medios utilizados para alcanzar los fines.

De manera general el control es mirado como una herramienta de defensa de la sociedad en contra de las arbitrariedades del poder, el mismo que se impone para asegurar la sujeción del obrar público al marco jurídico, así como el cumplimiento de sus metas y objetivos, expresados en la calidad y cantidad de servicios públicos.

En lo específico el control gubernamental constituye la función de la administración pública encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado.

El objetivo central del control administrativo es evaluar la razonabilidad de las operaciones administrativas y financieras de las instituciones públicas, que se expresa en un informe que contiene comentarios, conclusiones y recomendaciones, en procura de mejorar la gestión de la maquinaria estatal; y por excepción frente al hallazgo de irregularidades determinar responsabilidades.

En épocas coloniales el control se limitó a vigilar la recaudación de los tributos a favor de la Corona española para luego y en forma muy lenta evolucionar al control de la gestión gubernamental de la administración pública orientada al cumplimiento de los planes y objetivos institucionales.

La determinación de responsabilidades con motivo del desempeño de las funciones públicas trasciende lo jurídico y fortalece la ética individual que exige la Sociedad, porque de una parte protege los recursos estatales y de otra califica o descalifica al servidor por el desempeño de esas funciones públicas.

Por consecuencia del ejercicio del control gubernamental es posible determinar responsabilidades: Administrativas, de manera general, por el incumplimiento del marco jurídico; Civiles, por el incumplimiento de normas, perjuicio económico del caudal público y conducta culposa del funcionario o terceros; e, Indicios Penales por el incumplimiento de normas, perjuicio económico del caudal público y conducta dolosa del funcionario o terceros.

El ejercicio de la competencia administrativa será eficaz y válido únicamente cuando se cumplan con todos los presupuestos establecidos en la ley, a falta de uno de ellos se produce la nulidad de pleno derecho.

La figura de la caducidad administrativa es la pérdida de la competencia de la Autoridad para pronunciarse sobre un hecho específico por perención o fenecimiento del plazo establecido en la ley para pronunciarse.

La caducidad, es una afectación del derecho de acción, tanto por negligencia de la administración como del ciudadano, es de orden público, opera de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo y dentro de la Sociedad tiene dos objetivos: proteger los derechos subjetivos de los ciudadanos y hacer efectivos los principios de la gestión pública de eficiencia, debida diligencia, celeridad, deber objetivo de cuidado, en contra de la pereza e irresponsabilidad administrativa.

En el procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades reglado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento General, se establecen dos etapas: Predeterminación y Determinación, cada una sometida a un régimen de plazos y términos, dentro de los cuales la administración contralora de manera obligatoria tiene que pronunciarse, si no lo hace pierde su competencia en razón del tiempo y por tanto opera la caducidad.

Los efectos del silencio administrativo son en favor de: La administración, porque le hace más ágil y eficiente; y, del administrado, pues hace efectivo su derecho constitucional a la petición.

Las figuras jurídicas del silencio administrativo y la caducidad son la respuesta a la inoperancia administrativa.

El silencio administrativo siempre es provocado por la administración y sus efectos favorecen al administrado, además, le imposibilitan jurídicamente pronunciarse sobre un hecho pues pierde la competencia para pronunciarse, a esa falta de ejercicio del derecho dentro del tiempo se la conoce como caducidad.

De manera general se produce el efecto negativo del silencio administrativo en los procesos de determinación de responsabilidades civiles y órdenes de reintegro, excepto en la determinación de responsabilidades administrativas, por mandato expreso del artículo 28 de la Ley de Modernización.

Al margen de que el actor conteste o no la glosa, la Contraloría está en la obligación de dictar la resolución correspondiente de manera motivada, si no lo hace pierde la competencia para hacerlo y la consecuencia jurídica es la caducidad.

Del estudio comparado de las legislaciones relacionadas con el control gubernamental concluimos que tanto en México como en Colombia el control previo está a cargo del Ejecutivo a diferencia del caso ecuatoriano que se encuentra dentro de un solo sistema de control gubernamental que incluye el control interno y externo a cargo de la Contraloría como función independiente. Así como la facultad normativa de control está a cargo de los distintos Entes de Control a diferencia del caso ecuatoriano cuya facultad normativa está centralizada en la Contraloría.

Asimismo, en México y en Colombia la actividad de control se limita a presentar informes sobre la razonabilidad de las actuaciones de la administración no determina responsabilidades directamente, En cambio, en el caso ecuatoriano, la Contraloría General del Estado presenta informes y determina responsabilidades directamente.

En Colombia existe mayor desconcentración en la designación de las autoridades de control locales, porque son elegidas por cada Distrito, Departamento o Municipio de ternas enviadas por las Cortes de Justicia y Tribunales de lo Contencioso Administrativo; a diferencia del sistema ecuatoriano cuyas autoridades de control provinciales y regionales son designadas por el Contralor General del Estado.

Bibliografía

- Almeida Arroba, María Rebeca. “Kemmerer en el Ecuador”, *Flacso Andes*, 1994, marzo de 2017
<<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros?avanzado=0&query=Kemmerer>, libros Kemmerer en el Ecuador>
- Ballén, Rafael. *Derecho Administrativo Disciplinario*, Bogotá: Temis S.A., 1998.
- Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Ecuador: Abya-Yala, 2007
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Heliasta, 1993.
- Carpizo, Enrique. *Diccionario Práctico de Justicia Constitucional*, México: Editorial Porrúa, 2012.
- Chaves, José R. “La caducidad del procedimiento sancionador: hablando claro y con apoyo en la jurisprudencia reciente”, <<https://delajusticia.com/2009/08/13/la-caducidad-del-procedimiento-sancionador-hablando-claro-y-con-apoyo-en-la-jurisprudencia-reciente/>>
- Congreso Nacional de Colombia, “Constitución Política de Colombia 1991”, Political Database of the Americas, 08 noviembre 2015, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>>
- Dromi, Roberto. *Derecho administrativo, tomo 1*, Buenos Aires: Hispania libros, 2015.
- Espinosa, Galo. *Diccionario de Jurisprudencia Contencioso Administrativa, Recopilación de Resoluciones en el período 1968-1992*, Quito: Publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 1992.
- Fernández Ruíz, Jorge. *Derecho administrativo*, México: McGraw-Hill, 1997.
- Figuerola Cacho, Jorge. *La caducidad de la Instancia*, México: Porrúa, 2013.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Porrúa, 2012.
- García De Enterría, Eduardo. y Ramón Fernández, Tomas. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Bogotá: Temis, 2008.

Glosario de términos utilizados en el control gubernamental

- Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*, México: Harla, 1991.
- Gómez Latorre, Armando. “*Antecedentes históricos de la Contraloría, en economía colombiana*”, Revista de la Contraloría General de la República No. 150, Bogotá: 1983.
- Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 8 Buenos Aires: 2013
- Granda Aguilar, Víctor. “El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas de los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)” Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016.
- Hidalgo López, Luis. *La responsabilidad civil de los empleados públicos*, Quito: Pudeleco Editores S.A. 1996.
- INTOSAI Código de Ética y Normas de Auditoría, Viena, 2015.
- , “Declaraciones de Lima y México”, “*Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores*”,
<http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/span_publications/S_Lima_Mexico_2013.pdf >
- Ivanega, Miriam. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, Buenos Aires: Ediciones Rap S.A., 2013.
- Jaramillo Uribe, Jaime. *Manual de historia de Colombia*, Bogotá: Pro cultura Instituto Colombiano de Cultura, 1982.
- Koontz, Harold y Weihrich, Heinz. *Administración una perspectiva global*, México: Mc Graw Hill Interamericana, 2007.
- Lanz Cárdenas, José Trinidad. *La Contraloría y el Control Interno Universidad Autónoma de México*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- López Jácome, Nelson y López Pozo, María. *Guía de Procedimiento Oral Contencioso Administrativo*, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2016.

- López Olvera, Miguel. *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*, México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- Márquez, Daniel. *Función Jurídica de Control de la Administración Pública*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Mejía Salazar, Álvaro. *Diccionario Derecho Tributario*, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, “Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008”, *Cancillería del Ecuador*, <<http://www.cancilleria.gob.ec/constituciones-del-ecuador-desde-1830-hasta-2008/>>
- Morales Tobar, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Penagos, Gustavo. *El silencio administrativo*, Bogotá: Doctrina y Ley Limitada, 2013.
- Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., 2 vol., Madrid: Espasa, 2001
- Rincón Córdova, Jorge. Entrevista en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México 5 de agosto de 2013.
- Roca, Oswaldo. “Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano – 1789”, *Monografias.com*, mayo de 2017, <<http://www.monografias.com/trabajos46/declaracion-derechos-hombre/declaracion-derechos-hombre2.shtml>>
- Rodríguez Becerra, Carlos. *La Gestión, el Control y la Responsabilidad Fiscal de la Administración Pública en Colombia*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Santiago Nieto y Yamile Medina Pérez, *Control Externo y Responsabilidad de los Servidores Públicos del Distrito Federal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

- Secaira Durango, Patricio. *Derecho Administrativo*, Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2008.
- Secaira Durango, Patricio. *Entrevista en la Unidad Judicial de lo Contencioso Administrativo No.1*, Quito, 2016.
- Sección Nacional del Ecuador del IPGH, “Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”, *Sección Nacional del Ecuador del IPGH*, febrero del 2017 <<http://www.ipgh.gob.ec/imagenes/noticias/pdfs/LOAFYC14.pdf>>
- Solares Mendiola, Manuel. *La auditoría Superior de la Federación: Antecedentes y Perspectiva Jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Tinajero, Pablo, *Entrevista Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Nacional de Justicia*, Quito, 2016.
- Tron Petit, Jean Claude y Ortiz Reyes, Gabriel. *La Nulidad de los Actos Administrativos*, México: Editorial Porrúa, 2015.
- UNIANDES EPISTEME: Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación. Carrera Calderón, F. A. Vol. (2) Núm. (1) 2015 Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES
- Valadés, Diego. *El control del poder*, México: Editorial Porrúa, 2006.
- Varios Autores, *Reseña histórica de la Contraloría General del Estado del Ecuador, Cincuentenario de fundación*, Quito: Contraloría General del Estado, 1977.
- Varios Autores. *Compilación de normas técnicas y legales para uso de auditores gubernamentales: Glosario de términos utilizados en el control gubernamental*. Quito: PH Ediciones Asociación de Auditores Gubernamentales, 2010.
- Vásquez Alfaro, José Luis. *El control de la administración pública*, México: Universidad Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- Younes Moreno, Diego. *Régimen de Control Fiscal*, Bogotá: Temis, 1987.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP*, 2014

Zavala Egas, Jorge. *El Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico*, Ecuador: Corporación de Estudios para el Desarrollo, 1994.

Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Guayaquil: Edilex, 2011.

Fuente de consulta normativa

Constitución de la República del Ecuador [2008] [Montecristi]: Asamblea Nacional, 25 de julio del 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2013.

Contraloría General del Estado, “Normas ecuatorianas de auditoría gubernamental”, Contraloría General del Estado, enero de 2016, <<http://www.contraloria.gob.ec/documentos/normatividad/neag-fin.pdf>>

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 031-12-SEP-CC, publicada en el Registro Oficial No. 683-S de 16 de abril de 2012

Ecuador, Código Civil, en Registro Oficial Suplemento No.46, 24 de junio 2005.

Ecuador, Código Orgánico de la función judicial, en Registro Oficial, Suplemento, No. 544, 9 de marzo 2009

Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento del Registro Oficial No. 544, 9 de marzo 2009.

Ecuador, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en Registro Oficial Segundo Suplemento No.306, Quito, 22 de octubre 2010.

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180, 10 de febrero 2014.

Ecuador, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Registro Oficial 41, 31 de marzo de 1994.

Ecuador, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en Registro Oficial 337, 16 de mayo de 1977.

Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [2013], Quito: 12 de junio de 2002.

Ecuador, Reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. *Registro Oficial 598-3S*, Quito, 30 de septiembre de 2015.

Ecuador, Reformas a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. *Registro Oficial 404*, Quito, 23 de agosto de 2004.

Ecuador, Reglamento de Responsabilidades en *Registro Oficial No. 386*, Quito: 27 de octubre de 2006.

Ecuador. “Reglamento para la elaboración, trámite y aprobación de informes de auditoría gubernamental, predeterminación de responsabilidades y su notificación” *Registro oficial 713 primer suplemento, 2016*.

Ecuador. Normas ecuatorianas de Auditoría Gubernamental, publicadas en el *Registro Oficial No. 6*, Edición Especial, de 10 de octubre de 2002.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia No. 031-12-SEP-CC, publicada en el *Registro Oficial No. 683-S*], 16 de abril de 2012.

Ecuador. Corte Nacional de Justicia, [Sentencia] en Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. *Recurso de Casación No. 356-2013*, 19 de julio de 2016, a las 16h10.

Ecuador. Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo [Sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito, juicio 17811-2016-01177], 13 de diciembre de 2016.

Sección Nacional del Ecuador del IPGH, “Ley Orgánica de Administración Financiera y Control”, *Sección Nacional del Ecuador del IPGH*, febrero del 2017 <<http://www.ipgh.gob.ec/imagenes/noticias/pdfs/LOAFYC14.pdf>>